



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2010

Art. 6 BVG

Gächter, Thomas ; Saner, Kaspar

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-44167>

Book Section

Originally published at:

Gächter, Thomas; Saner, Kaspar (2010). Art. 6 BVG. In: Schneider, Jacques-André; Geiser, Thomas; Gächter, Thomas. BVG und FZG. Bern, CH: Stämpfli Verlag AG, 179-183.

Stämpflis Handkommentar SHK

Folgende Institutionen ermöglichten uns durch namhafte Beiträge die Übersetzung dieses Werkes:

• Fondation J.-J. Van Walsem pro Universitate

• Lombard Odier Darier Hentsch & Cie

• VPS Verlag Personalvorsorge und Sozialversicherung AG

LOMBARD ODIER
LOMBARD ODIER DARIER HENTSCH

**SCHWEIZER
PERSONAL
VORSORGE
UND
SOZIALVERSICHERUNG**
VPS Verlag Personalvorsorge
und Sozialversicherung AG
EPAS Editions
Prévoyance Professionnelle
et Assurances Sociales SA

- Allianz Suisse
- Assista TCS SA Direction
- Caisse d'assurance du personnel de la Ville de Genève et des S.I.G. (CAP)
- Caisse de prévoyance des fonctionnaires de police et de la prison (CP)
- Caisse de retraite de PubliGroupe S.A.
- Caisse Inter-Entreprises de Prévoyance Professionnelle (CIEPP)
- Caisse paritaire de prévoyance de l'industrie et de la construction (CPPIC) Groupement des institutions de prévoyance
- Capital International Sàrl
- CIA, Caisse de prévoyance de l'Etat de Genève
- Coninco Advisory S.A.
- Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne
- Fondation du Centre Patronal
- Fondation de la métallurgie Vaudoise du Bâtiment (FMVB)
- Fondation de prévoyance skycare
- Fondation de prévoyance de la Tour
- Fondation de Prévoyance du Pont de Nemours International SA
- Groupement des institutions de prévoyance (GIP)
- Hewitt Associates SA
- Institut du Droit des Assurances et du Travail (IDAT), Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne
- Les Retraites Populaires
- Pensionskasse der PricewaterhouseCoopers
- PREVICAB Caisse de pensions de Nexans Suisse SA
- Retraites Populaires

Es sind weitere Beiträge von Sponsoren eingegangen, die nicht erwähnt werden möchten.

Prof. Dr. Jacques-André Schneider
Prof. Dr. Thomas Geiser
Prof. Dr. Thomas Gächter
(Herausgeber)

BVG und FZG

Bundesgesetze über die berufliche Alters-,
Hinterlassenen- und Invalidenversicherung sowie
über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-,
Hinterlassenen- und Invalidenversicherung

Autoren:

Jürg Brechbühl, Beat Christen, Thomas Flückiger, Ghislaine Frésard-Fellay, Thomas Gächter, Maya Geckeler Hunziker, Thomas Geiser, Marc Hürzeler, Bettina Kahil-Wolff, Ueli Kieser, Yvar Mentha, Ulrich Meyer, Romolo Molo, Roland A. Müller, Kurt Pärli, Sylvie Pétremand, Christina Ruggli-Wüest, Kaspar Saner, Gustavo Scartazzini, Jacques-André Schneider, Christoph Senti, Hans-Ulrich Stauffer, Patrick Sutter, Dania Tremp, Laurence Uttinger, Hermann Walser, Rémy Wyler



Stämpfli Verlag AG Bern · 2010

bezug der Austrittsleistung für betriebliche Investitionen einzusetzen, wobei dies auch für den Zeitraum nach dessen Gründung gelte⁴².

- 32 Das Bundesgericht hat dem Willen des Gesetzgebers Nachdruck verliehen. Bei Berücksichtigung der Vorarbeiten wird deutlich, dass der Wortlaut von Art. 4 Abs. 4 BVG die betrieblichen Investitionen nicht verhindern will. Der Gesetzgeber taxiert die Verwendung des Vorsorgeguthabens für Investitionen im Unternehmen nicht als Zweckentfremdung von Vorsorgemitteln⁴³. Das bisherige Auslegungsergebnis wird auch durch die systematische Auslegung gestützt. Art. 5 Abs. 1 Bst. b FZG ermächtigt den Arbeitnehmer, der eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnimmt, die Austrittsleistung als Barleistung zu verlangen. Es wäre systemwidrig und widersprüchlich, zu verlangen, dass der freiwillig versicherte Selbständigerwerbende die Barauszahlung für denselben Zweck nicht ebenfalls fordern kann. Die Freiwilligkeit der beruflichen Vorsorge der Selbständigerwerbenden ist selbst verfassungsrechtlich abgestützt (Art. 113 Abs. 2 Bst. d BV)⁴⁴.
- 33 So wie sich die Rechtslage darstellt, gilt es das Augenmerk auf die Missbrauchs- bekämpfung zu legen. Es ist die Aufgabe der Vorsorgeeinrichtungen, im Falle des Austritts der Selbständigerwerbenden zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für eine Barauszahlung gegeben sind, ob es sich also um betriebliche Investitionen handelt. Dies ist beispielsweise dann zu bejahen, wenn mechanische Installationen ersetzt werden müssen, aber auch wenn ein Mitgesellschafter für eine Inventarübernahme zu entschädigen ist⁴⁵.

V. Die definitiven oder zeitlich beschränkten Gesundheitsvorbehalte

- 34 Bei der weitergehenden Vorsorge können die Vorsorgeeinrichtungen im Zusammenhang mit einem vor dem Anschluss bestehenden Gesundheitszustand Versicherungsvorbehalte anbringen. Diese Vorbehalte können wie bei der Regelung für die freiwillige Versicherung in Art. 45 BVG definitiv oder zeitlich beschränkt sein. Die Vorbehalte sind dem Versicherten bei seinem Anschluss ausdrücklich und genau umschrieben mitzuteilen⁴⁶.

⁴² BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 23/2005, war mit der Ansicht zu restriktiv, dass der Selbständigerwerbende die Auszahlung nur während des ersten Jahres seiner Tätigkeit verlangen kann.

⁴³ BGE 134 V 179, E. 4.4.

⁴⁴ BGE 135 V 180-181, E. 4.5 und 4.6.

⁴⁵ BGE 134 V 181, E. 5.

⁴⁶ BGE 119 V 287, E. 5.a; BGer vom 18. Juni 2003, B 66/02, E. 3.2; vgl. ferner SCHNEIDER, Kommentar zu Art. 45 BVG, N 2 ff.

Art. 5

Gemeinsame Bestimmungen

¹ Dieses Gesetz gilt nur für Personen, die bei der eidgenössischen Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) versichert sind.

² Es gilt nur für die im Register für die berufliche Vorsorge (Art. 48) eingetragenen Vorsorgeeinrichtungen. Es gilt bezüglich der Artikel 56 Absatz 1 Buchstaben c und d und 59 Absatz 2 sowie der Bestimmungen über die finanzielle Sicherheit (Art. 65 Abs. 1 und 2, 65c, 65d Abs. 1, 2 und 3 Bst. a zweiter Satz und b, Art. 65e, 67, 69, 71) auch für die dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993 (FZG) unterstellten Vorsorgeeinrichtungen.

Dispositions communes

¹ La présente loi ne s'applique qu'aux personnes qui sont assurées à l'assurance- vieillesse et survivants fédérale (AVS).

² Elle ne s'applique qu'aux institutions de prévoyance inscrites dans le registre de la prévoyance professionnelle (art. 48). Les art. 56, al. 1, let. c et d, et 59, al. 2, ainsi que les dispositions relatives à la sécurité financière (art. 65, al. 1 et 2, 65c, 65d, al. 1, 2 et 3, let. a, 2^e phrase, et b, art. 65e, 67, 69, 71) s'appliquent également aux institutions de prévoyance soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP).

Disposizioni comuni

¹ La presente legge s'applica soltanto alle persone assicurate presso l'assicurazione federale per la vecchiaia e per i superstiti (AVS).

² Essa s'applica soltanto agli istituti di previdenza iscritti nel registro della previdenza professionale (art. 48). Gli articoli 56 capoverso 1 lettere c e d e 59 capoverso 2, come pure le disposizioni relative alla sicurezza finanziaria (art. 65 cpv. 1 e 2, 65c, 65d cpv. 1, 2 e 3 lett. a, secondo periodo, e b, 65e, 67, 69 e 71) si applicano anche agli istituti di previdenza soggetti alla legge del 17 dicembre 1993 sul libero passaggio. (LFLP).

Inhaltsverzeichnis

	Note	Seite
I. Entstehungsgeschichte.....	1	168
II. Persönlicher Geltungsbereich (Abs. 1)	5	169
1. Verweis auf die AHV	5	169
2. Arbeitnehmerbegriff.....	6	170
3. Obligatorisch nach AHVG versicherte Personen (Art. 1a Abs. 1 AHVG).....	10	171
4. Ausnahmen von der obligatorischen Versicherung des AHVG (Art. 1a Abs. 2 AHVG).....	14	172
5. Freiwillige Weiterführung der AHV (Art. 1a Abs. 3 Bst. a AHVG).....	19	174
6. Freiwilliger Beitritt zur AHV (Art. 1a Abs. 4 AHVG).....	20	174
7. Freiwillige AHV (Art. 2 AHVG)	21	174

8. Freiwillige Versicherung der beruflichen Vorsorge (Art. 4 BVG).....	22	175
9. Arbeitnehmer in der Schweiz mit einem Arbeitgeber in einem EU- oder EFTA-Staat.....	23	175
10. Unterstellung bei grenzüberschreitender Erwerbstätigkeit in der Schweiz und in EU-/EFTA-Staaten	27	176
III. Sachlicher Geltungsbereich des BVG (Abs. 2).....	28	177
1. Registrierte Vorsorgeeinrichtungen (Satz 1)	28	177
2. Nicht registrierte Vorsorgeeinrichtungen (Satz 2).....	29	177

Literaturverzeichnis

BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG, Probleme im Zusammenhang mit der *Unterstellung* im BVG, ZAK 1985, 362–374; BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG, Die *Auslegung* der Begriffe «Arbeitnehmer» und «Selbständigerwerbender» im BVG, ZAK 1985, 498–499; CADOTSCH PAUL, *Unterstellung* bei grenzüberschreitender Tätigkeit, CHSS 2002, 75–77; CADOTSCH PAUL/CARDINAUX MARIE-PIERRE, Die *Auswirkungen* des Abkommens auf die Versicherungs- und Beitragspflicht in der AHV, in: Murer Erwin (Hrsg.), *Das Personenverkehrsabkommen mit der EU und seine Auswirkungen auf die soziale Sicherheit der Schweiz*, Bern 2001, 119–127; CARDINAUX BASILE, *Das Personenfreizügigkeitsabkommen und die schweizerische berufliche Vorsorge*, Zürich/Basel/Genf 2008; CUENI STEPHAN, *Bilaterale Abkommen Schweiz-EU, Auswirkungen auf die schweizerische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge*, CHSS 1999, 125–127; ELROD JULIAN LUKE, *Der Arbeitnehmerbegriff* des BVG im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung, Zürich 1989; FORSTER PETER, *AHV-Beitragsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2007; KIESER UELI, Die *Auswirkungen* des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) auf die berufliche Vorsorge, HILL-2006-Fachartikel 5, publ. im Internet unter <www.hilljournal.ch>; KIESER UELI, *Sozialversicherungsbeiträge* bei grenzüberschreitender Tätigkeit und ausländischem Beschäftigungsland, HILL-2004-Fachartikel 16, publ. im Internet unter <www.hilljournal.ch>; SCHWEIZERISCHE STEUERKONFERENZ, *Vorsorge* und Steuern, Anwendungsfälle zur beruflichen Vorsorge und Selbstvorsorge, 5. Nachtrag, Muri/Bern 2007; sowie zentrales Literaturverzeichnis.

I. Entstehungsgeschichte

- ¹ Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BVG sind mit Erlass des BVG auf den 1. Januar 1985 in Kraft getreten.¹ Die Bestimmung war bereits im Gesetzesentwurf der bundesrätlichen Botschaft vorgesehen.² Auf Antrag der ständerätlichen Kommission wurde der persönliche Geltungsbereich in Abs. 1, welcher in der bundesrätlichen Fassung auf die AHV-beitragspflichtigen Erwerbstätigen beschränkt war, auf alle bei der AHV versicherten Personen erweitert und in Abs. 2

¹ Art. 1 Abs. 1 Verordnung über die Inkraftsetzung und Einführung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge; AS 1983 798; BBl 1982 II 386.

² Art. 2 und 3 Entwurf BVG (BBl 1976 I 289).

präzisiert, dass das Gesetz nur für diejenigen Vorsorgeeinrichtungen gilt, die im Register für die berufliche Vorsorge eingetragen sind.³

Mit dem Erlass des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG) vom 17. Dezember 1993, in Kraft seit 1. Januar 1995, wurde zu Art. 5 Abs. 2 BVG Satz 2 hinzugefügt, nach welchem das BVG bezüglich der Art. 56 Abs. 1 Bst. c und d und Art. 59 Abs. 2 auch für die dem FZG unterstellten Vorsorgeeinrichtungen gilt.⁴

Im Rahmen der 1. BVG-Revision wurde mit Änderung vom 3. Oktober 2003 der Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 BVG redaktionell angepasst, indem der Bezug zur eidgenössischen Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) vollständig wiedergegeben wird. Diese Änderung ist seit 1. Januar 2005 in Kraft.⁵

Im Zusammenhang mit den durch die Änderung vom 18. Juni 2004 eingefügten Massnahmen zur Behebung von Unterdeckungen in der beruflichen Vorsorge wurde Art. 5 Abs. 2 Satz 2 BVG erweitert. Damit die Bestimmungen über die finanzielle Sicherheit auch für nicht registrierte Kassen Gültigkeit haben, die im Vorsorgefall einen Anspruch auf Leistungen gewähren, wurden sie durch Aufnahme in Art. 5 Abs. 2 BVG dem Geltungsbereich des FZG unterstellt.⁶

II. Persönlicher Geltungsbereich (Abs. 1)

1. Verweis auf die AHV

Gemäss Art. 113 Abs. 2 Bst. a BV haben sich die Leistungen der ersten und der zweiten Säule gegenseitig zu ergänzen. Demzufolge bestimmt Art. 5 Abs. 1 BVG, dass nur solche erwerbstätige Personen der obligatorischen (Art. 2, 3 und 7 ff. BVG) oder der freiwilligen Versicherung (Art. 4 und 44 ff. BVG) nach dem BVG angehören können, die auch bei der Eidgenössischen AHV versichert sind.⁷ Die Eingrenzungsnormen der beruflichen Vorsorge nach BVG sind materiell grundsätzlich auf den Versichertenkreis der AHV abgestimmt, und bei der Bestimmung des Versichertenkreises der obligatorischen beruflichen Vorsorge sind die Normen des AHVG oftmals als ergänzendes Recht heranzuziehen.⁸

³ Amtl.Bull. SR 1980 263 f. (Art. 6a); Amtl.Bull. NR 1981 1038 (Art. 6a).

⁴ AS 1994 2396; BBl 1993 IV 576.

⁵ AS 2004 1678, 1700; BBl 2000 2689, 2714; siehe dazu SCHNEIDER, La soumission, 29.

⁶ AS 2004 4635; BBl 2003 6410, 6415 f.

⁷ BBl 1976 I 219.

⁸ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 261, 582; BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2022.

2. Arbeitnehmerbegriff

6 Das BVG enthält keine Definition, wer als Arbeitnehmer im Sinne des Gesetzes gilt. Es stellt sich deshalb die Frage, ob aufgrund der Koordination zwischen erster und zweiter Säule der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne der AHV-Gesetzgebung zu verstehen ist. Ein Teil der Lehre erachtet es als fragwürdig, den Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des BVG mit demjenigen des Unselbständigerwerbenden in der AHV gleichzusetzen. Kritisiert wird, dass die AHV-rechtliche Qualifikation des Unselbständigerwerbenden auf einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise beruht und damit auch Tätigkeiten erfasst würden, die als selbständige Erwerbstätigkeit gelten und nach der verfassungsrechtlichen Drei-Säulen-Konzeption gerade nicht dem BVG-Obligatorium unterstellt werden sollten.⁹ Relevant ist diese Differenzierung in Fällen, in denen eine AHV-rechtliche Qualifikation als Unselbständiger erfolgt, ohne dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt. Das kann beispielsweise bei Verwaltungsräten von Aktiengesellschaften für den Bezug von Tantiemen, Entschädigungen und Sitzungsgeldern der Fall sein. Gemäss Art. 7 Bst. h AHVV gelten solche Bezüge als Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit. Eine obligatorische Unterstellung von Verwaltungsräten unter die BVG-Beitragspflicht erscheint als fragwürdig, wenn neben der Tätigkeit als Verwaltungsrat nicht gleichzeitig ein Arbeitsverhältnis besteht.¹⁰ Dasselbe gilt für Behördenmitglieder. Ihre Tätigkeit beruht in der Regel nicht auf einem Arbeitsvertrag. Die ausgerichteten Sitzungsgelder werden jedoch gemäss Art. 7 Bst. i AHVV als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit bezeichnet, für die eine Beitragspflicht besteht.¹¹

7 Bereits mit Urteil vom 27. Januar 1989 in Sachen Dr. W. gegen Fondation institution supplétive LPP stellte das Bundesgericht – mit Verweis auf den Entscheid des Bundesrats vom 11. September 1985¹² – klar, dass der *Arbeitnehmerbegriff* nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 BVG nach *AHV-rechtlichen Kriterien* auszulegen sei. Für diese Betrachtungsweise sprachen neben verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten die Materialien, aus denen die angestrebte Parallelität zur AHV-Gesetzgebung zum Ausdruck kommt. Nach Erkenntnis des Bundesgerichts lässt auch das systematische Auslegungselement auf eine einheitliche Betrachtungsweise schliessen, und unter teleologischem Gesichtspunkt sollte eine Auslegung des BVG im Sinne der Begriffsbildung des AHVG/IVG erfolgen, um hindernde Leistungsverhältnisse zu vermeiden.¹³

⁹ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 262 f.

¹⁰ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 264; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 425.

¹¹ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 264; vgl. zum Ganzen auch FORSTER, AHV-Beitragsrecht, 98 f.; GÄCHTER, Einpersonen-AG, 131 f.

¹² VPB 51/1987 Nr. 16 E. 3; siehe dazu BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG, Auslegung, 498 f.

¹³ BGE 115 Ib 37, 43 f. E. 4d = Pra 78 (1989) Nr. 146; vgl. dazu auch Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 14. Dezember 1989, E. 6, in: SZS 1990, 181; BGE 123 V 274, 277

8 Seit dem Inkrafttreten des ATSG deutet noch ein weiteres Argument auf die Parallelität des Arbeitnehmerbegriffs hin: Das BVG verweist in Art. 5 Abs. 1 auf das AHV-Recht, welches in Art. 1 Abs. 1 AHVG für den Versicherungsbereich die Bestimmungen des ATSG als generell anwendbar erklärt. Zudem wird in Art. 7 Abs. 2 BVG auf den massgebenden Lohn gemäss AHVG verwiesen. Daraus wird gefolgert, dass im Bereich der obligatorischen beruflichen Vorsorge der Arbeitnehmerbegriff gemäss Art. 10 ATSG zur Anwendung kommt.¹⁴

9 Zu beachten ist, dass für die *paritätische Verwaltung* gemäss Art. 51 BVG hingegen ein anderer Arbeitnehmerbegriff gilt. Personen, die die Willensbildung einer juristischen Person bzw. eines Unternehmens zu beeinflussen vermögen oder die am Betrieb massgeblich finanziell beteiligt sind, können nicht als Arbeitnehmervertreter gewählt werden.¹⁵ Das gilt unabhängig davon, ob diese Personen AHV-rechtlich ebenfalls als unselbständig erwerbstätig gelten.¹⁶

3. Obligatorisch nach AHVG versicherte Personen (Art. 1a Abs. 1 AHVG)

10 Obligatorisch in der AHV versichert sind nach Art. 1a Abs. 1 AHVG die natürlichen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz (Bst. a), die natürlichen Personen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben (Bst. b) sowie Schweizer Bürger, die im Ausland für die Eidgenossenschaft oder bestimmte näher bezeichnete Organisationen tätig sind (Bst. c).

11 Gemäss Art. 1a Abs. 1 Bst. a AHVG besteht bei Personen, die im Ausland einer Erwerbstätigkeit nachgehen, eine Versicherungspflicht für die AHV, wenn sie ihren Wohnsitz in der Schweiz haben. Aufgrund des Territorialitätsprinzips unterliegt ihr Arbeitgeber aber nicht der AHV-Beitragspflicht, sondern diese Personen

E. 2a; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 27. Januar 1993 E. 3b, in: SZS 1997, 55; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. Januar 2009 (C-7644/2007) E. 2.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. Januar 2009 (C-7267/2007) E. 2.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Februar 2009 (C-7676/2007) E. 4.2; BEROS, Arbeitnehmer, 10 ff.; BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2022; BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG, Unterstellung, 363 f.; CARDINAUX, Personenfreizügigkeitsabkommen, 137 f. und die dort zitierte Literatur; ELROD, Arbeitnehmerbegriff, 52 ff.; MEYER, Rechtsprechung zum BVG 2000–2004, 232; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, 5; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 427.

¹⁴ GÄCHTER, Einpersonen-AG, 132; KIESER, Auswirkungen; LOCHER, Grundriss, 173 f.

¹⁵ ELROD, Arbeitnehmerbegriff, 46 ff.; GÄCHTER, Einpersonen-AG, 132; LOCHER, Grundriss, 174; Mitteilungen der Konferenz der kantonalen BVG-Aufsichtsbehörden, Ziff. 5, in: SZS 1985, 227; RIEMER, paritätische Verwaltung, 21; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, 49; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 1384; EBD., paritätische Verwaltung, 189; VETTER-SCHREIBER, Art. 51 BVG, 341 f.; EBD., Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Art. 51 BVG N.3.

¹⁶ GÄCHTER, Einpersonen-AG, 132.

müssen ihre Beitragspflicht aufgrund des massgebenden Einkommens selbst erfüllen (Art. 6 AHVG).¹⁷ Die berufliche Vorsorge ihrerseits knüpft die Beitragspflicht an das Vorhandensein eines an die AHV beitragspflichtigen Arbeitgebers (Art. 1j Abs. 1 Bst. a BVV 2), so dass keine Unterstellung unter das BVG besteht.¹⁸ Diese Arbeitnehmer haben aber die Möglichkeit, sich freiwillig versichern zu lassen (Art. 4 BVG).¹⁹

- 12 Eine Ausnahme hiervon besteht im Rahmen der bilateralen Verträge mit der EU/EFTA.²⁰ Auf eine in einem EU- oder EFTA-Staat erwerbstätige Person mit Wohnsitz in der Schweiz sind gemäss Art. 13 Abs. 2 Bst. a und b VO 1408/71 die Rechtsvorschriften des Staates anwendbar, auf dessen Gebiet die Erwerbstätigkeit ausgeübt wird (Erwerbsortprinzip), d.h. es besteht keine AHV-Beitragspflicht in der Schweiz und auch keine Unterstellung unter das BVG, wenn lediglich der Wohnsitz in der Schweiz liegt.²¹

- 13 Die Versicherungspflicht für die AHV besteht nach Art. 1a Abs. 1 Bst. c AHVG auch für Schweizer Bürger, die im Dienste der Eidgenossenschaft, einer internationalen Organisation, mit welcher der Bund ein Sitzabkommen abgeschlossen hat, oder einer privaten, vom Bund subventionierten Hilfsorganisation stehen (Art. 1a Abs. 1 Bst. c AHVG). Die Arbeitgeber, welche als internationale Organisationen bzw. als private Hilfsorganisationen gelten, werden in Art. 1 bzw. 1a AHVV näher bezeichnet. Der Territorialitätsgrundsatz spielt hier keine Rolle. Gemäss Art. 5 Abs. 1 BVG sind deshalb die unter Art. 1a Abs. 1 Bst. c AHVG fallenden Arbeitnehmer der obligatorischen Versicherung des BVG unterstellt.²²

4. Ausnahmen von der obligatorischen Versicherung des AHVG (Art. 1a Abs. 2 AHVG)

- 14 Nach Art. 1a Abs. 2 AHVG sind in der AHV Ausländer, die Privilegien und Immunitäten gemäss den Regeln des Völkerrechts geniessen (Bst. a), Personen, die einer ausländischen staatlichen Altersversicherung angehören und für die eine Unterstellung eine nicht zumutbare Doppelbelastung bedeuten würde (Bst. b)

¹⁷ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 269; SCHWEIZERISCHE STEUERKONFERENZ, Vorsorge, A. 2.2.2 und B. 2.1.2; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 484.

¹⁸ SCHWEIZERISCHE STEUERKONFERENZ, Vorsorge, A. 2.2.2 und B. 2.1.2; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 484.

¹⁹ SCHWEIZERISCHE STEUERKONFERENZ, Vorsorge, A. 2.2.2 und B. 2.1.2; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 484.

²⁰ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681) und Abkommen zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) (SR 0.632.31).

²¹ Vgl. dazu CADOTSCH/CARDINAUX, Auswirkungen, 122.

²² BRÜHWILER, Personalvorsorge, 269; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 481.

sowie Personen, die die Voraussetzungen für eine Unterstellung gemäss Art. 1a Abs. 1 AHVG nur für eine kurze Zeit erfüllen (Bst. c i.V.m. Art. 2 Abs. 1 AHVV), nicht versichert.

Ausländer, die *Privilegien und Immunitäten* im Sinne von Art. 1a Abs. 2 Bst. a AHVG geniessen, werden in Art. 1b AHVV detailliert umschrieben. In Art. 33 AHVV werden zudem diplomatische Missionen, internationale Organisationen, ausländische Staatsverwaltungen und Verkehrsunternehmen ausländischer Staaten von der Beitragspflicht ausgenommen. Aus Art. 1b AHVV ergibt sich e contrario, dass schweizerische Mitarbeiter dieser in Art. 33 AHVV aufgelisteten Arbeitgeber der AHV-Beitragspflicht unterstehen. Aufgrund der Befreiung des Arbeitgebers von der Beitragspflicht besteht aber keine Unterstellung unter das BVG-Obligatorium (Art. 5 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 1j Abs. 1 Bst. a BVV 2).²³ Dies gilt auch dann, wenn solche Arbeitgeber sich freiwillig an der Beitragszahlung für die erste Säule ihrer Arbeitnehmer beteiligen.²⁴

Die Befreiung von der AHV-Pflicht von *Angehörigen ausländischer staatlicher Alters- und Hinterlassenenversicherungen*, für welche die finanzielle Doppelbelastung durch Beiträge an die schweizerische AHV und gleichzeitig an eine ausländische Versicherung nicht zumutbar ist, kann gemäss Art. 3 Abs. 1 AHVV nur auf Gesuch des Betroffenen hin eintreten. Die Nichtunterstellung unter die AHV bewirkt gleichzeitig von Gesetzes wegen (Art. 5 Abs. 1 BVG) eine Befreiung vom BVG-Obligatorium.²⁵ Art. 1j Abs. 2 BVV 2, welcher für Arbeitnehmer, die nicht oder voraussichtlich nicht dauernd in der Schweiz tätig sind und im Ausland genügend versichert sind, eine Befreiung vom BVG-Obligatorium aufgrund eines entsprechenden Gesuchs an die Vorsorgeeinrichtung vorsieht, ist deshalb nur in den Fällen relevant, in denen ein Arbeitnehmer eine doppelte Versicherung bei einer ausländischen und einer schweizerischen Vorsorgeeinrichtung zwar finanziell verkraften könnte, seine ausländische Versicherung ihm aber einen genügenden Vorsorgeschutz gewährt.²⁶

Personen, die nach den *bilateralen Verträgen* und dem europäischen Recht, auf welche diese verweisen, der schweizerischen Gesetzgebung zur sozialen Sicherheit unterstehen, können nicht aufgrund von Art. 1j Abs. 2 BVV 2 von der obligatorischen Versicherung befreit werden. Wenn eine Person gestützt auf Art. 13 ff. VO 1408/71 der schweizerischen Gesetzgebung über die soziale Sicherheit unterstellt ist, heisst das, dass sie nicht mehr obligatorisch dem Recht eines anderen Staates der EU oder der EFTA untersteht und somit die ausländische Versicherung nur eine freiwillige sein kann. Eine ausländische freiwillige Versicherung kann nicht als genügende Versicherung im Sinne von Art. 1j Abs. 2 BVV 2 er-

²³ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 469.

²⁴ BUNDESAMT FÜR SOZIALVERSICHERUNG, Unterstellung, 369.

²⁵ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 274.

²⁶ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 274.

achtet werden, da die Gefahr besteht, dass die ausländische Versicherung nach Erteilen der Befreiung gekündigt wird.²⁷

- 18 Art. 2 AHVV umschreibt, welche Personen die Voraussetzungen von Art. 1a Abs. 1 AHVG nur für eine *verhältnismässig kurze Zeit* erfüllen und deshalb gemäss Bst. c von Art. 1a Abs. 2 AHVG nicht der AHV-Pflicht unterstehen. Sie sind dann von Gesetzes wegen (Art. 5 Abs. 1 BVG) auch der obligatorischen Versicherung des BVG nicht unterstellt.²⁸

5. Freiwillige Weiterführung der AHV (Art. 1a Abs. 3 Bst. a AHVG)

- 19 Personen, die von einem schweizerischen Arbeitgeber angestellt sind und im Ausland einer Beschäftigung nachgehen, können mit dem Einverständnis des Arbeitgebers die Versicherung weiterführen.²⁹ Diese Möglichkeit steht allen vor der Arbeitsaufnahme im Ausland in der Schweiz Versicherten unabhängig ihrer Nationalität offen, sofern sie bereits fünf Jahre in der Schweiz versichert waren.³⁰ Wird die Versicherung weitergeführt, hat dies gemäss Art. 5 Abs. 1 BVG eine Unterstellung unter das BVG-Obligatorium zur Folge.³¹

6. Freiwilliger Beitritt zur AHV (Art. 1a Abs. 4 AHVG)

- 20 Für bestimmte weitere Personen sieht Art. 1 Abs. 4 AHVG einen freiwilligen Beitritt vor. Darunter fallen Arbeitnehmer, die aufgrund zwischenstaatlicher oder internationaler Abkommen nicht versichert sind (Bst. a und b) sowie nicht-erwerbstätige Ehegatten von Personen, die nach Art. 1a Abs. 1 Bst. c, Abs. 3 Bst. a oder aufgrund einer zwischenstaatlichen Vereinbarung versichert sind (Bst. c). Für die beiden erstgenannten Kategorien, die eine Erwerbstätigkeit ausüben, führt die Unterstellung unter die AHV gemäss Art. 5 Abs. 1 BVG zu einer Unterstellung unter das BVG-Obligatorium.³²

7. Freiwillige AHV (Art. 2 AHVG)

- 21 Schweizer Bürger und Staatsangehörige der EU/EFTA, die nicht in einem EU-/EFTA-Mitgliedstaat leben, können der freiwilligen Versicherung beitreten,

²⁷ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 66/2003 Nr. 400; siehe dazu CARDINAUX, Personenfreizügigkeitsabkommen, 489 f. und die dort zitierte Literatur.

²⁸ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 275.

²⁹ Art. 1a Abs. 3 Bst. A AHVG i.V.m. Art. 5 ff. AHVV.

³⁰ Art. 5 AHVV.

³¹ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 482.

³² STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 483.

falls sie unmittelbar vorher während mindestens fünf aufeinander folgende Jahre obligatorisch versichert waren.³³ Aufgrund des Territorialitätsgrundsatzes unterliegen ihre im Ausland domizilierten Arbeitgeber jedoch nicht der AHV-Beitragspflicht, weshalb sie dem BVG-Obligatorium nicht unterstehen (Art. 5 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 1j Abs. 1 Bst. a BVV 2).³⁴

8. Freiwillige Versicherung der beruflichen Vorsorge (Art. 4 BVG)

Die freiwillige Versicherung (Art. 4 Abs. 1 BVG) setzt gemäss Art. 5 Abs. 1 BVG voraus, dass die zu versichernde Person bei der AHV obligatorisch gemäss Art. 1a Abs. 1 AHVG oder freiwillig gemäss Art. 2 AHVG versichert ist oder dass sie gemäss Art. 1a Abs. 3 i.V.m. Art. 5 ff. AHVV die AHV freiwillig weiterführt oder gemäss Art. 1a Abs. 4 i.V.m. Art. 5d ff. AHVV der AHV freiwillig beitrifft.³⁵

9. Arbeitnehmer in der Schweiz mit einem Arbeitgeber in einem EU- oder EFTA-Staat

Für Arbeitnehmer, die in der Schweiz für einen Arbeitgeber mit Sitz in der EU ohne Betriebsstätte in der Schweiz tätig sind, bestand bis zum Inkrafttreten des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der EU am 1. Juni 2002 aufgrund von Art. 12 Abs. 2 AHVG i.V.m. Art. 1j Abs. 1 Bst. a BVV 2 keine Versicherungspflicht in der beruflichen Vorsorge.

Aufgrund von Art. 13 Abs. 2 Bst. a VO 1408/71, welcher vorsieht, dass eine Person den Rechtsvorschriften des Staates unterliegt, auf dessen Gebiet die Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, und zwar auch dann, wenn ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat, gilt für eine in der Schweiz beschäftigte Person eines Unternehmens mit Sitz in einem EU-Staat das schweizerische Sozialversicherungsrecht.³⁶

Nach einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs ist ein Arbeitgeber, der nicht in dem Mitgliedstaat ansässig ist, dessen Sozialversicherungsvorschriften für den Arbeitnehmer gelten, zwar nicht den Sozialversicherungsträgern seines Landes gegenüber beitragspflichtig, hat jedoch die nach den für den Arbeitnehmer gel-

³³ Art. 2 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 1 ff. VFV.

³⁴ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 270.

³⁵ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 281; CARDINAUX, Personenfreizügigkeitsabkommen, 491; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 494.

³⁶ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 76/2004 Nr. 446; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 446.

tenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Beiträge zu zahlen.³⁷ Aus diesem Urteil zieht das BSV den Schluss, dass ausländische Arbeitgeber so zu behandeln sind, als ob sie Betriebsstätten in der Schweiz hätten, weshalb sie in der 1. Säule beitragspflichtig sind.³⁸ Nach Art. 5 Abs. 1 BVG ist demnach die von einem Unternehmen mit Sitz in einem EU-Staat in der Schweiz beschäftigte Person dem BVG unterstellt, und für das Unternehmen besteht eine Anschlusspflicht, sofern die Voraussetzungen von Art. 11 Abs. 1 BVG erfüllt sind.³⁹

- 26 Dieselbe Rechtslage besteht aufgrund des Abkommens zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), welches in Anhang K ebenfalls auf die VO 1408/71 verweist, bei einem Arbeitgeber in einem EFTA-Staat.

10. Unterstellung bei grenzüberschreitender Erwerbstätigkeit in der Schweiz und in EU-/EFTA-Staaten

- 27 Staatsangehörige der Schweiz oder der EU-/EFTA-Mitgliedstaaten, die gewöhnlich auf dem Gebiet von zwei oder mehreren Staaten (Mitgliedstaaten der EU/EFTA und Schweiz) eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben, unterliegen in der Regel den Rechtsvorschriften ihres Wohnsitzstaates, sofern sie einen Teil ihrer Erwerbstätigkeit in diesem ausüben.⁴⁰ Unterliegt die betreffende Person dem schweizerischen Sozialversicherungssystem, ist das gesamte Erwerbseinkommen grundsätzlich obligatorisch in der AHV und in der 2. Säule zu versichern.⁴¹ Einkommensteile, welche über die obligatorische Versicherung hinausgehen, werden von der VO 1408/71 jedoch nicht erfasst, weshalb sie nicht mitversichert werden müssen.⁴²

³⁷ Urteil des EuGH vom 24. Juni 1975, Club Landlau, Ziffer 2 der Leitsätze (Sammlung Rechtsprechung 1975, 739).

³⁸ BSV, Wegleitung über die Versicherungspflicht in der AHV/IV (WVP), Ziffer 2041 1/05; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 76/2004 Nr. 446; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 446; VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl. Art. 5 BVG N. 4.

³⁹ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 76/2004 Nr. 446; CARDINAUX, Personenfreizügigkeitsabkommen, 487 f.; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 446; VETTER-SCHREIBER, 2. Aufl., Berufliche Vorsorge, Art. 5 BVG N. 4.

⁴⁰ Art. 14 Abs. 2 Bst. b Ziff. I VO 1408/71; BSV, Wegleitung über die Versicherungspflicht in der AHV/IV (WVP), Ziffer 2014 1/03; siehe zur Unterstellung bei grenzüberschreitender Erwerbstätigkeit auch CADOTSCH, Unterstellung, 75 ff.; CADOTSCH/CARDINAUX, Auswirkungen, 124 ff.; KIESER, Sozialversicherungsbeiträge.

⁴¹ CUENI, Auswirkungen, 125; SCHWEIZERISCHE STEUERKONFERENZ, Vorsorge, A. 9.2.2.

⁴² SCHWEIZERISCHE STEUERKONFERENZ, Vorsorge, A. 9.2.2.

III. Sachlicher Geltungsbereich des BVG (Abs. 2)

1. Registrierte Vorsorgeeinrichtungen (Satz 1)

Nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 BVG gilt das Gesetz nur für die im Register für die berufliche Vorsorge (Art. 48 BVG) eingetragenen Vorsorgeeinrichtungen. Nach Art. 48 Abs. 1 BVG müssen sich die Vorsorgeeinrichtungen, die an der Durchführung der obligatorischen Versicherung teilnehmen wollen, bei der Aufsichtsbehörde, der sie unterstehen, in das Register für die berufliche Vorsorge eintragen lassen. Dieser Registrierungspflicht unterstehen auch Einrichtungen der weitergehenden Vorsorge, die über das BVG hinaus Leistungen erbringen (umhüllende Vorsorgeeinrichtungen), nicht aber Einrichtungen, die ausschliesslich in der ausserobligatorischen Vorsorge tätig sind.⁴³ Der sachliche Geltungsbereich des BVG erstreckt sich somit auf all jene Vorsorgeeinrichtungen des privaten oder öffentlichen Rechts, die im Obligatoriumsbereich der beruflichen Vorsorge tätig sind. Auf Vorsorgeeinrichtungen, die ausschliesslich im Obligatoriumsbereich tätig sind, ist das BVG vollumfänglich anwendbar.⁴⁴ Umhüllende Vorsorgeeinrichtungen müssen für den Obligatoriumsbereich die BVG-Vorschriften ebenfalls vollständig einhalten, während das Gesetz für die weitergehende Vorsorge nur beschränkte Wirkung entfaltet, indem Art. 49 Abs. 2 BVG für diesen Bereich verschiedene Gesetzesartikel als anwendbar erklärt.^{45,46}

2. Nicht registrierte Vorsorgeeinrichtungen (Satz 2)

Für Vorsorgeeinrichtungen, die ausschliesslich in der ausserobligatorischen Vorsorge tätig sind, besteht keine Registrierungspflicht nach Art. 48 Abs. 1 BVG.⁴⁷ Sofern diese nicht registrierten Vorsorgeeinrichtungen dem FZG unterstehen, finden auf sie die in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 BVG aufgeführten BVG-Bestimmungen Anwendung.⁴⁸ Auf die Gründe für diese Erstreckung des Geltungsbe-

⁴³ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1301.

⁴⁴ BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2004; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, 20; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 391.

⁴⁵ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 254; BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2004; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, 20; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 391, 393.

⁴⁶ Neben den in Art. 49 Abs. 2 BVG aufgezählten Gesetzesartikeln sind weitere Bestimmungen, z.B. Art. 80–84, Art. 85–88 BVG ganz oder teilweise anwendbar (BRÜHWILER, Personalvorsorge, 255 f.; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, 21).

⁴⁷ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1301.

⁴⁸ Auf nicht registrierte Personalvorsorgestiftungen finden zudem jene BVG-Bestimmungen, welche im Katalog von Art. 89^{bis} Abs. 6 Ziff. 1–23 ZGB enthalten sind sowie weitere einzelne Bestimmungen Anwendung (vgl. im Einzelnen RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, 21 f.).

reichs des BVG wurde bereits hingewiesen (N 2, 4). Das FZG ist gemäss Art. 1 Abs. 2 FZG auf alle Vorsorgeverhältnisse anwendbar, in denen eine Vorsorgeeinrichtung des privaten oder öffentlichen Rechts aufgrund ihrer Vorschriften (Reglement) im Vorsorgefall einen Anspruch auf Leistung gewährt. Massgeblich ist somit, dass der versicherten Person Rechtsansprüche auf Leistungen gegenüber der Vorsorgeeinrichtung zustehen. Unerheblich ist es, wie diese Leistungen finanziert werden; auch ausschliesslich vom Arbeitgeber finanzierte Vorsorgeeinrichtungen unterstehen dem FZG. Nicht anwendbar ist das FZG auf patronale Wohlfahrtsfonds, die bloss Ermessensleistungen im Einzelfall erbringen.⁴⁹

⁴⁹ BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2049; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, 135; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1041.

Art. 6

Mindestvorschriften	Der zweite Teil dieses Gesetzes enthält Mindestvorschriften.
Exigences minimales	La deuxième partie de la présente loi fixe des exigences minimales.
Esigenze minime	La parte seconda della presente legge stabilisce esigenze minime.

Inhaltsverzeichnis	Note	Seite
I. Entstehung	1	179
II. Beschränkte Funktion	2	179
III. Sachlicher Geltungsbereich	5	180
IV. Mindestvorschriften	7	181
1. Zweck der Mindestvorschriften	7	181
2. Unabdingbarkeit der Minimalansprüche im Leistungsbereich	9	181
3. Günstigkeitsprinzip	16	183

I. Entstehung

Art. 6 BVG ist mit Erlass des BVG auf den 1. Januar 1985 in Kraft getreten.¹ Die Bestimmung war im Gesetzesentwurf der bundesrätlichen Botschaft noch nicht vorgesehen.² Sie wurde auf Antrag der nationalrätlichen Kommission in das Gesetz aufgenommen³ und seither nie verändert.

II. Beschränkte Funktion

In Art. 6 BVG wird ein Gedanke wiedergegeben, der für das Verständnis des gesamten Rechts der beruflichen Vorsorge von zentraler Bedeutung ist: Im Gesetz werden nur Minimalanforderungen definiert, die aus sozialpolitischen Gründen unabdingbar einzuhalten sind. Nur das Minimum, nicht das erwünschte Optimum – die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung i.S. von Art. 113 Abs. 2 Bst. a BV und Art. 1 Abs. 1 BVG – wird durch die gesetzlichen Normen gewährleistet. Diese Minimalanforderungen definieren insofern das Obligatorium der beruflichen Vorsorge.

¹ Art. 1 Abs. 1 Verordnung über die Inkraftsetzung und Einführung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge; AS 1983 798; BBl 1982 II 386.

² BBl 1976 I 149 ff.

³ Amtl. Bull. NR 1981 1038 (Art. 6b); Amtl. Bull. SR 1982 5 (Art. 6b).

- 3 Diese Konzeption der beruflichen Vorsorge ergibt sich bereits aus verschiedenen Normen des zweiten Teils des Gesetzes, wo deutlich davon die Rede ist, dass es sich um Minimalanforderungen handelt (z.B. Mindestumwandlungssatz in Art. 14 Abs. 2 BVG, Mindestzinssatz in Art. 15 Abs. 2 BVG). Damit dient Art. 6 BVG, der wie beschrieben erst vom Parlament in den Gesetzestext eingefügt worden ist, im Wesentlichen der *Verdeutlichung* des Charakters der Vorschriften des zweiten Teils des Gesetzes.⁴
- 4 Für die Unterscheidung zwischen obligatorisch gewährleistetem Minimum und weitergehender Vorsorge ist in erster Linie auf die Auslegung der Bestimmungen des zweiten Teils des Gesetzes abzustellen. Von Bedeutung ist die Unterscheidung aber vor allem im Zusammenhang mit der Frage, welche Normen auf die weitergehende berufliche Vorsorge Anwendung finden (v.a. Art. 49 Abs. 2 BVG). Die Ausführungen zur Abgrenzung zwischen obligatorischer und weitergehender Vorsorge finden sich deshalb an anderer Stelle.⁵

III. Sachlicher Geltungsbereich

- 5 Der zweite Teil des Gesetzes, auf welchen der in Art. 6 BVG genannte Gedanke der gesetzlichen Minimalvorschriften ausdrücklich beschränkt ist, umfasst die Art. 7–47 BVG, wobei das 3. Kapitel dieses Abschnitts (Versicherungsleistungen) im Vordergrund steht.
- 6 Innerhalb des sachlichen Geltungsbereichs darf jedoch nicht schematisch auf den in Art. 6 BVG enthaltenen Grundgedanken abgestellt werden. Durch Auslegung ist bei jeder Bestimmung zunächst zu ermitteln, welchen Schutz sie welchen Versicherten unter welchen Voraussetzungen gewährt. So hilft etwa die Orientierung an Art. 6 BVG nicht direkt weiter, wenn die Tragweite des mit der 1. BVG-Revision eingefügten Art. 20a BVG ermittelt werden soll. Diese Bestimmung ist zwar im 3. Kapitel des zweiten Teils des Gesetzes eingereiht und fällt damit klar in den sachlichen Geltungsbereich von Art. 6 BVG, doch wird es den Vorsorgeeinrichtungen überlassen, ob für weitere begünstigte Personen i.S. von Art. 20a BVG reglementarische Hinterlassenenleistungen vorgesehen werden. Umgekehrt sind Mindestvorschriften nicht nur im zweiten Teil, sondern auch an anderen Stellen des Gesetzes zu finden. So bestehen beispielsweise im Teil zur Finanzierung ebenfalls Mindestanforderungen (z.B. Art. 66 BVG).

⁴ Vgl. STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 300.

⁵ Siehe Art. 49 BVG, N 9 ff.

IV. Mindestvorschriften

1. Zweck der Mindestvorschriften

Das Gesetz räumt den Vorsorgeeinrichtungen in der Gestaltung ihrer Leistungen und bei deren Finanzierung Selbständigkeit ein (Art. 49 Abs. 1 BVG), was bei einem obligatorischen Versicherungssystem erstaunlich erscheint. Erklären lässt sich diese gesetzgeberische Entscheidung nur historisch: Als das BVG geschaffen wurde, existierten in der Schweiz schon über 18 000 Vorsorgeeinrichtungen. Mehr als 80% aller Arbeitnehmenden hatten an der Personalvorsorge bereits teil. Die Grundstimmung in der parlamentarischen Beratung ging dahin, das bisher auf dem Gebiet der beruflichen Vorsorge Erreichte zu erhalten und im Rahmen des Obligatoriums auszubauen und zu festigen. Es war somit das erklärte Ziel des Gesetzgebers, den bestehenden Vorsorgeeinrichtungen ein Hineinwachsen in das neue BVG-System zu ermöglichen. Diese *Integrationsidee*⁶ war prägend für das schweizerische System der beruflichen Vorsorge.⁷

Die durch die Normen des zweiten Teils des Gesetzes beschriebenen Mindestvorschriften bilden damit die Untergrenze des Vorsorgeschutzes, der allen gemäss dem Gesetz Versicherten zukommen soll. Bereits bestehende Vorsorgeverhältnisse wurden durch diese neuen Minimalvorschriften überlagert,⁸ neue Vorsorgeverhältnisse haben den Anforderungen des Gesetzes zu genügen, und diese sind bei Minimalversicherungen, die nur das Obligatorium abdecken, unmittelbar anwendbar (*Grundsatz der Unmittelbarkeit*). Der Grundsatz der Unmittelbarkeit ergibt sich aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Mindestnormen des zweiten Abschnitts.⁹

2. Unabdingbarkeit der Minimalansprüche im Leistungsbereich

Aus dem öffentlich-rechtlich strukturierten Minimalcharakter der Vorschriften des zweiten Teils des Gesetzes leitet sich auch das zentrale *Prinzip der Unabdingbarkeit* ab. Von diesem darf nicht zu Ungunsten der Versicherten abgewichen werden. Insbesondere sind die im 3. Kapitel enthaltenen Leistungsarten zumindest nach den im Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen und im gesetzlichen Umfang zu gewähren.

Zu den Mindestvorschriften i.S. von Art. 6 BVG zählen zunächst jene Bestimmungen des 3. Kapitels, die sich mit der *Leistungshöhe* befassen. Die Mindest-

⁶ D.h. die Idee der Integration bereits bestehender Einrichtungen in das BVG-System.

⁷ Zum Ganzen etwa BRÜHWILER, Personalvorsorge, 322 ff.; MOLO, fondations collectives, 41 ff.; siehe auch Art. 49 BVG, N 6 ff.

⁸ Vgl. MEYER, Rechtsprechung zum BVG 1985–1989, 75; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 293.

⁹ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 247.

leistungen im Alter sind durch das System mit obligatorischen Altersgutschriften und Mindestumwandlungssatz sowie Mindestzinssatz verhältnismässig genau umschrieben (Art. 14 ff. BVG). Ihre Einhaltung wird durch das Führen der so genannten «Schattenrechnung» überprüft.¹⁰ Ebenso ist der Umfang der Leistungen bei Invalidität präzise umschrieben (Art. 24 BVG), woraus sich auch der Leistungsumfang der Hinterlassenenleistungen (Art. 21 BVG) und der Kinderrente (Art. 25 BVG) ableiten lässt.

- 11 Zu den Mindestvorschriften des zweiten Teils zählen jedoch nicht nur jene betreffend die Leistungshöhe, sondern auch diejenigen über die *Leistungsarten*.¹¹ Es genügt damit nicht, wenn insgesamt, d.h. im Rahmen des gesamten (umhüllenden) Vorsorgeverhältnisses, die BVG-Mindestleistungen in betraglicher Hinsicht abgedeckt werden. Vielmehr muss jede einzelne Leistungsart vorgesehen sein und bei Eintritt der gesetzlich umschriebenen Voraussetzungen erbracht werden.¹²
- 12 In einem jüngeren Entscheid hat das Bundesgericht zudem entschieden, dass auch (reglementarisch vorgesehene) Leistungen bei *vorzeitiger Pensionierung* obligatorischer Charakter zukommen kann,¹³ obwohl die Gewährung solcher vorzeitiger Altersleistungen dem Selbständigkeitsbereich der Vorsorgeeinrichtungen zugewiesen ist. In quantitativer Hinsicht bestimmt sich der Obligatoriumsbereich dabei nach Massgabe eines entsprechend angepassten Umwandlungssatzes (Art. 13 Abs. 2 Satz 2 BVG).
- 13 Die Mindestvorschriften dürfen sodann auch nicht durch die *Modalitäten der Leistungsbestimmung* zu Ungunsten der Versicherten modifiziert werden: So sehen Reglemente für die Prüfung der invaliditätsmässigen Voraussetzungen gelegentlich vor, dass die versicherte Person oder ihr Arbeitgeber die Einholung einer Oberexpertise beantragen können, wenn sie die Schlussfolgerung des vertrauensärztlichen Gutachtens nicht anerkennen, wobei die Kosten einer solchen Oberexpertise im Verhältnis von Unterliegen und Obsiegen auf die Parteien verlegt werden. Aus dem Charakter des BVG als Mindestgesetz ergibt sich jedoch, dass eine solche Kostenüberbindung an die versicherte Person unzulässig ist, sofern und soweit es um die Abklärung von Tatsachen geht, welche für die Leistungsberechtigung im Umfang des BVG-Obligatoriums erheblich sind.¹⁴
- 14 Ebenso darf nicht von *Begriffen*, die im Minimalbereich klar definiert sind (z.B. Invalidität i.S. von Art. 23 BVG), in einer Art und Weise abgewichen werden,

¹⁰ Vgl. Art. 11 Abs. 2 BVV 2; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 299.

¹¹ BGE 133 V 575 E. 4.2; 121 V 104 E. 4a; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 301.

¹² BGE 121 V 104 E. 4b betreffend Invaliden-Kinderrente nach Art. 25 BVG; bestätigt in BGE 133 V 575 E. 4.2; siehe auch Art. 49 BVG, N 14.

¹³ BGE 133 V 575 E. 5.

¹⁴ Siehe MEYER, Rechtsprechung zum BVG 1990–1994, 87, mit Hinweis auf Urteil W. vom 25. Juli 1994, B 48/93, SVR 1994 BVG 18, 47.

dass die Anspruchsvoraussetzungen für die Versicherten erhöht oder sonst wie zu ihren Ungunsten verändert werden.¹⁵

Schliesslich folgt aus der Unabdingbarkeit der Mindestvorschriften, dass im Bereich der obligatorischen beruflichen Vorsorge *Versicherungsvorbehalte* für bestehende gesundheitliche Einschränkungen *ausgeschlossen* sind.¹⁶ In der weitergehenden beruflichen Vorsorge der Arbeitnehmer dürfen jedoch für die Risiken Tod und Invalidität für die Dauer von höchstens fünf Jahren Gesundheitsvorbehalte angebracht werden (Art 331c OR).¹⁷

3. Günstigkeitsprinzip

Aus der Form der Sicherung von Mindestansprüchen, wie sie im BVG gewählt worden ist (Rahmengesetz mit gesetzlichen Mindestanforderungen), sowie dem damit verbundenen Zusammenspiel von obligatorischen und weitergehenden Leistungen wird das so genannte Günstigkeitsprinzip hergeleitet.¹⁸ Ähnlich wie im Arbeitsrecht ergänzt das Günstigkeitsprinzip das Prinzip der Unabdingbarkeit der Mindestnormen: Soweit die reglementarischen Leistungen den obligatorischen Mindestumfang nicht erreichen, bestehen die Minimalansprüche nach BVG direkt gestützt auf das Gesetz (Prinzip der Unabdingbarkeit und der Unmittelbarkeit der Ansprüche), soweit die reglementarischen Bestimmungen oder individuelle Abreden Leistungen umschreiben, die über den gesetzlichen Mindestumfang hinausgehen, gelten für die versicherte Person diese Bestimmungen (Günstigkeitsprinzip).¹⁹

¹⁵ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 302.

¹⁶ Z.B. VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Art. 6 BVG N 6.

¹⁷ Siehe etwa RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, 106 ff.

¹⁸ Z.B. BRÜHWILER, Personalvorsorge, 247 ff.; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 394 ff.

¹⁹ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 397.

Dritter Teil: Organisation

Erster Titel: Vorsorgeeinrichtungen

Art. 48

Grundsätze

¹ Vorsorgeeinrichtungen, die an der Durchführung der obligatorischen Versicherung teilnehmen wollen, müssen sich bei der Aufsichtsbehörde, der sie unterstehen (Art. 61), in das Register für die berufliche Vorsorge eintragen lassen.

² Registrierte Vorsorgeeinrichtungen müssen die Rechtsform einer Stiftung oder einer Genossenschaft haben oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts sein. Sie müssen Leistungen nach den Vorschriften über die obligatorische Versicherung erbringen und nach diesem Gesetz organisiert, finanziert und verwaltet werden.

³ Eine Vorsorgeeinrichtung wird aus dem Register gestrichen, wenn sie:

- a. die gesetzlichen Voraussetzungen zur Registrierung nicht mehr erfüllt und innerhalb der von der Aufsichtsbehörde gesetzten Frist die erforderlichen Anpassungen nicht vornimmt;
- b. auf die weitere Registrierung verzichtet.

⁴ Die registrierten Vorsorgeeinrichtungen und die an der von ihnen durchgeführten beruflichen Vorsorge Beteiligten sind berechtigt, die Versichertennummer der AHV nach den Bestimmungen des AHVG für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben systematisch zu verwenden.

Principes

¹ Les institutions de prévoyance qui entendent participer à l'application du régime de l'assurance obligatoire se feront inscrire dans le registre de la prévoyance professionnelle auprès de l'autorité de surveillance dont elles relèvent (art. 61).

² Les institutions de prévoyance enregistrées doivent revêtir la forme d'une fondation ou d'une société coopérative, ou être une institution de droit public. Elles doivent allouer des prestations répondant aux prescriptions sur l'assurance obligatoire et être organisées, financées et administrées conformément à la présente loi.

³ Une institution de prévoyance est radiée du registre:

- a. lorsqu'elle ne remplit plus les conditions légales pour être enregistrée et qu'elle ne procède pas aux adaptations nécessaires dans le délai fixé par l'autorité de surveillance;
- b. lorsqu'elle renonce à son enregistrement.

⁴ Les institutions de prévoyance enregistrées qui contribuent à l'application de la prévoyance professionnelle, de même que les tiers impliqués, sont habilités à utiliser systématiquement le numéro d'assuré AVS pour l'accomplissement de leurs tâches légales, conformément aux dispositions de la

Principi

¹ Gli istituti di previdenza che intendono partecipare all'attuazione dell'assicurazione obbligatoria devono farsi iscrivere nel registro della previdenza professionale presso l'autorità di vigilanza loro preposta (art. 61).

² Gli istituti di previdenza registrati devono assumere la forma di una fondazione o di una società cooperativa od essere istituzioni di diritto pubblico. Devono effettuare le prestazioni secondo le prescrizioni sull'assicurazione obbligatoria ed essere organizzati, finanziati e amministrati secondo la presente legge.

³ Un istituto di previdenza è radiato dal registro se:

- a. non soddisfa più le condizioni legali per la registrazione e non provvede agli adeguamenti necessari entro il termine impartito dall'autorità di vigilanza;
- b. rinuncia alla registrazione.

⁴ Gli istituti di previdenza registrati e i terzi coinvolti nella previdenza professionale da essi attuata sono autorizzati a utilizzare sistematicamente, per adempiere i loro compiti legali, il numero d'assicurato dell'AVS conformemente alle disposizioni della LAVS.

Inhaltsverzeichnis

	Note	Seite
I. Entstehung	1	722
II. Registrierungspflicht (Abs. 1).....	5	723
1. Registrierte und nicht registrierte Vorsorgeeinrichtungen.....	5	723
2. Voraussetzungen für die Registrierung	7	723
3. Zusätzliche Anforderungen	8	724
4. Registrierung von Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen.....	9	724
5. Reglementsprüfung	11	725
6. Registrierungsverfügung	13	725
7. Öffentlichkeit des Registers	14	725
III. Rechtsformen der Vorsorgeeinrichtungen (Abs. 2)	15	725
1. Numerus clausus der Rechtsformen	15	725
2. Reformprojekt.....	20	727
3. Verselbständigungspflicht.....	22	728
IV. Streichung aus dem Register (Abs. 3).....	27	730
V. Neue AHV-Versichertennummer (Abs. 4)	32	731

Literaturverzeichnis

GÄCHTER THOMAS/MEYER ULRICH, Sorgenkind *Vorsorgeeinrichtung*. Gedanken zur juristischen Persönlichkeit von Vorsorgestiftungen, in: Breitschmid Peter/Portmann Wolfgang/Rey Heinz/Zobl Dieter (Hrsg.), Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Bern 2007, 99–118; sowie zentrales Literaturverzeichnis.

I. Entstehung

- 1 Unter dem Titel «Voraussetzung der Anerkennung» war Art. 48 BVG bereits im Gesetzesentwurf zum BVG enthalten.¹ In den parlamentarischen Beratungen wurde der Artikel noch geändert und ergänzt. Insbesondere wurde in Abs. 1 auf Vorschlag des Ständerats die Registrierungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen geschaffen, weil im Lauf der Beratungen der Ständeratskommission die im Entwurf des Bundesrats und des Nationalrats vorgesehene Anerkennung kritisiert worden war und befürchtet wurde, dass diese ein aufwendiges Verfahren mit sich bringe. Zudem wurde der Marginaltitel «Voraussetzungen der Anerkennung» durch «Registrierung» ersetzt.²
- 2 Während die meisten BVG-Artikel erst auf 1. Januar 1985 in Kraft getreten sind, wurde Art. 48 BVG (zusammen mit Art. 93 BVG über die provisorische Registrierung der Vorsorgeeinrichtungen) bereits auf den 1. Januar 1984 in Kraft gesetzt.³ Bis zum 31. Dezember 1989 wurden Vorsorgeeinrichtungen provisorisch registriert.⁴ Erfüllte die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen Voraussetzungen, so wurde sie spätestens bis zum 31. Dezember 1989 definitiv registriert.⁵ Heute werden keine provisorischen Registrierungen mehr vorgenommen. Eine Vorsorgeeinrichtung, die an der Durchführung des BVG teilnehmen will, muss von Anfang an alle Voraussetzungen erfüllen, damit sie definitiv registriert werden kann.⁶
- 3 Abs. 3 von Art. 48 BVG wurde mit der 1. BVG-Revision in das Gesetz aufgenommen und ist seit 1. Januar 2005 in Kraft.⁷
- 4 Abs. 4 von Art. 48 BVG wurde mit der Revision des AHV-Gesetzes zur Einführung der neuen AHV-Versichertennummern in das Gesetz aufgenommen und steht seit 1. Dezember 2007 in Kraft. Gleichzeitig wurde der Marginaltitel von «Registrierung» in «Grundsätze» geändert.⁸

¹ BBl 1976 I 255, 302.

² Amtl. Bull. NR 1977, 1352; Amtl. Bull. SR 1980, 289 ff., 294; Amtl. Bull. NR 1981, 1099 f.; Amtl. Bull. SR 1982, 20 f.; BBl 1982 II 396.

³ Art. 1 Abs. 3 Verordnung über die Inkraftsetzung und Einführung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 29. Juni 1983, AS 1983 827.

⁴ Siehe aArt. 5 BVV 1.

⁵ Siehe aArt. 9 BVV 1.

⁶ HELBLING, Gesamtdarstellung, 733 f.

⁷ BBl 2000 2674, 2694; Amtl. Bull. NR 2002, 549; Amtl. Bull. SR 2002, 1048; BBl 2003 6661; AS 2004 1685, 1700.

⁸ BBl 2006 529, 533; AS 2007 5259, 5263, 5267.

II. Registrierungspflicht (Abs. 1)

1. Registrierte und nicht registrierte Vorsorgeeinrichtungen

Vorsorgeeinrichtungen, die an der Durchführung der obligatorischen Versicherung teilnehmen wollen, müssen sich in das Register für die berufliche Vorsorge eintragen lassen. Ist eine Vorsorgeeinrichtung dagegen ausschliesslich im über-, unter- oder vorobligatorischen Bereich tätig, ist ihr die Registrierung freigestellt.⁹

Keine Vorsorgeeinrichtungen im Sinne von Art. 48 BVG sind Anlagestiftungen.¹⁰ Bei diesen handelt es sich um gewöhnliche Stiftungen im Sinne von Art. 80 ff. ZGB, die zusätzlich noch einige Bestimmungen des BVG und des FZG zu beachten haben.¹¹ Keine Vorsorgeeinrichtungen im Sinne von Art. 48 BVG sind auch Freizügigkeitseinrichtungen in Form von Bankstiftungen und Versicherungseinrichtungen, welche die Beibehaltung der Vorsorge gewährleisten, indem sie die Freizügigkeitskonten und -policen verwalten.¹²

2. Voraussetzungen für die Registrierung

Die Voraussetzungen für die Registrierung sind in Art. 6 BVV 1 umschrieben. Danach muss eine Vorsorgeeinrichtung nachweisen, dass sie Gewähr für die finanzielle Sicherheit sowie für die Integrität und die fachlichen Qualifikationen der mit der Führung und Verwaltung betrauten Personen bietet und dass eine anerkannte Kontrollstelle sowie ein anerkannter Experte bestellt sind. Zudem muss sie Aufschluss geben über die Grundzüge der internen Organisation und deren Angemessenheit im Bezug auf die geplante Tätigkeit, insbesondere auch das interne Kontrollsystem und die Schwerpunkte der geplanten Aktivitäten.¹³ Diese Voraussetzungen sind mit der Änderung der BVV 2 vom 18. August 2004 neu gefasst worden und stehen seit 1. Januar 2005 in Kraft.¹⁴

⁹ BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2004, N 21.

¹⁰ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 34 vom 8. Dezember 1994 Nr. 198; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 3 N 26, 32.

¹¹ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 34 vom 8. Dezember 1994 Nr. 198.

¹² Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Oktober 2007 (C-2400/2006) E. 3.3.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Oktober 2007 (C-2405/2006) E. 3.3.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Oktober 2007 (C-2406/2006) E. 3.3.1; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 37 vom 11. Dezember 1996 Nr. 218.

¹³ Art. 6 BVV 1.

¹⁴ AS 2004 4293 f., 4653.

3. Zusätzliche Anforderungen

- 8 Weitere Voraussetzungen für die Registrierung einer Vorsorgeeinrichtung stellen die Wahl einer zulässigen Rechtsform gemäss Art. 48 Abs. 2 Satz 1 BVG, die Erbringung der gesetzlich garantierten Mindestleistungen und die Organisation, Finanzierung und Verwaltung im Rahmen dieses Gesetzes dar.¹⁵ Die Übereinstimmung mit den gesetzlichen Anforderungen muss sich aus dem Reglement der jeweiligen Vorsorgeeinrichtung ergeben.¹⁶

4. Registrierung von Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen

- 9 Im Hinblick auf den Numerus clausus der Rechtsformen nach Art. 48 Abs. 2 BVG stellen Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen eine Möglichkeit dar, wie die Durchführung der beruflichen Vorsorge nach den Vorschriften des BVG gehandhabt werden kann, indem solche Stiftungen zwischen die anschlusspflichtige Arbeitgeberin und die Versicherungsgesellschaft gestellt werden.¹⁷
- 10 Sie sind Vorsorgeeinrichtungen im Sinn von Art. 48 oder 49 Abs. 2 BVG (oder allenfalls von Art. 89^{bis} Abs. 6 ZGB) und unterstehen somit den betreffenden Bestimmungen grundsätzlich in gleicher Weise wie eine entsprechende Personalvorsorgestiftung zugunsten der Arbeitnehmer eines einzigen Arbeitgebers.¹⁸ Bei registrierten Sammelstiftungen kann sich nur die Stiftung als solche registrieren lassen, die einzelnen Kassen oder Vorsorgewerke haben nicht die Rechtsform einer Stiftung im Sinne von Art. 48 Abs. 2 BVG. Allerdings muss die Frage der Anwendbarkeit des ganzen BVG, d.h. des Obligatoriums gemäss Art. 48 Abs. 1 BVG oder nur eines Teils desselben gemäss Art. 49 Abs. 2 BVG, für jede Kasse einzeln geprüft werden.¹⁹ Fraglich ist, ob im Rahmen einer solcherart registrierten Stiftung eine Kasse auch ausschliesslich Personalvorsorge im Sinne von Art. 89^{bis} Abs. 6 ZGB betreiben darf, d.h. ob eine solche Kasse auch die Funktion einer nicht registrierten Personalvorsorgestiftung übernehmen darf oder ob für diese Vermögen nach Art. 89^{bis} Abs. 6 ZGB eigene, nicht registrierte Sammel- oder Gemeinschaftsstiftungen errichtet werden müssen.²⁰ Nach der auch hier vertretenen Auffassung sprechen gute Gründe für die letztgenannte Lösung.²¹

¹⁵ Art. 48 Abs. 2 Satz 2 BVG.

¹⁶ BB I 1976 I 255.

¹⁷ BGE vom 3. Oktober 2001 (B 84/00 und B 86/00) E. 5 c) cc) = BGE 127 V 377, 387 E. 5 c) cc); BGE vom 16. Mai 2007 (B 127/05) E. 3.1. = BGE 133 V 279, 285 E. 3.1. Siehe auch: GÄCHTER/MEYER, Vorsorgeeinrichtung, 102 f.

¹⁸ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 3 N 9.

¹⁹ GÄCHTER/MEYER, Vorsorgeeinrichtung, 103 f.; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 3 N 11.

²⁰ Siehe dazu RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 3 N 11.

²¹ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 3 N 11.

5. Reglementsprüfung

Die Reglementsprüfung bildet ein wesentliches Element im Rahmen der Registrierung. Es handelt sich dabei um eine repressive Kontrolle: Die Reglemente werden geprüft, nicht genehmigt. Sie treten gemäss den Verfahrensvorschriften der Vorsorgeeinrichtungen mit dem Erlass durch die zuständigen Organe in Kraft. Diese rechtliche Situation darf auch im Verfahren der Registrierung nicht vermischt werden.²²

Die Prüfung der Reglemente durch die Aufsichtsbehörde bedeutet ausschliesslich Prüfung auf Rechtmässigkeit. In den Bereich des pflichtgemässen Ermessens der zuständigen Organe der Vorsorgeeinrichtungen dürfen sich Aufsichtsbehörden nicht einmischen.²³

6. Registrierungsverfügung

Die Registrierung wird mittels einer Feststellungsverfügung der zuständigen Aufsichtsbehörde vorgenommen, welche ordnungsgemäss zu erlassen und zu eröffnen ist.²⁴

7. Öffentlichkeit des Registers

Das Register für die berufliche Vorsorge ist öffentlich.²⁵ Es ist ein Publizitätsmittel für die obligatorische berufliche Vorsorge. Interessierte Personen (Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Versicherte usw.) können sich anhand des Registers über Bestand und Wirkungskreis der Vorsorgeeinrichtungen informieren. Ferner erleichtert das Register den Aufsichtsbehörden ihre Überwachungsaufgabe.²⁶

III. Rechtsformen der Vorsorgeeinrichtungen (Abs. 2)

1. Numerus clausus der Rechtsformen

Für den Obligatoriumsbereich wie auch für die weitergehende Vorsorge (Art. 331 Abs. 1 OR) besteht ein Numerus clausus der Rechtsformen der als Vorsorgeeinrichtungen tätigen Träger. Nach Art. 48 Abs. 2 BVG müssen die registrierten Vorsorgeeinrichtungen die Rechtsform einer Stiftung gemäss Art. 80 ff.

²² HELBLING, Gesamtdarstellung, 735.

²³ HELBLING, Gesamtdarstellung, 735.

²⁴ HELBLING, Gesamtdarstellung, 88, 740.

²⁵ Art. 11 Abs. 2 BVV 1.

²⁶ BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2004, N 22.

ZGB oder einer Genossenschaft gemäss Art. 828 ff. OR aufweisen oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts sein. Diese Regelung entspricht der Bestimmung über die Personalfürsorge im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (Art. 331 Abs. 1 OR). Somit ergibt sich auch für Vorsorgeeinrichtungen, die ausschliesslich ausserhalb des Obligatoriums tätig sind (z.B. Kaderkassen), der Zwang zur Wahl von einer der drei Rechtsformen. Diese Aufzählung der Vorsorgeträger in Art. 48 Abs. 2 BVG und Art. 331 Abs. 1 OR ist abschliessend, andere Formen sind nicht zulässig.²⁷

- 16 Bei den privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtungen handelt es sich fast ausschliesslich um *Stiftungen*.²⁸ Der Stiftung liegt als Grundgedanke die Widmung eines Vermögens zu einem besonderen Zweck zugrunde.²⁹ Destinatäre einer Stiftung sind aus Sicht des klassischen Stiftungsrechts nicht mit eigenen Rechten ausgestattet oder in die Organisation eingebunden. Für Personalfürsorgestiftungen mussten deshalb Sondervorschriften geschaffen werden (Art. 89^{bis} ZGB).³⁰ Als registrierte Stiftungen kommen nur Versicherungsstiftungen in Betracht, entweder als autonome Kassen oder – ganz oder teilweise – auf der Basis einer Kollektivversicherung (vgl. Art. 65 ff. BVG, Art. 42–44a BVV 2).³¹
- 17 Wesentliches Element bei den als *Genossenschaft* organisierten Vorsorgeeinrichtungen ist der Gedanke der Förderung oder Sicherung wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe (Art. 828 Abs. 1 OR). Genossenschafter bei Personalvorsorgegenossenschaften sind die versicherten Arbeitnehmenden oder bei Pensionskassenzusammenschlüssen die einzelnen Vorsorgeeinrichtungen.³² Die Form der Genossenschaft führt zu einem starken Mitspracherecht der Arbeitnehmenden bei der Verwaltung der Personalvorsorgeeinrichtung. Die Statuten können von der Mehrheit der Genossenschafter beliebig abgeändert werden, und die Vorstandsmitglieder sind frei durch die Generalversammlung der Genossenschafter zu wählen. Für das Unternehmen besteht somit nur eine sehr beschränkte Möglichkeit, ein angemessenes Mitspracherecht auszuüben.³³ Personalvorsorgegenossenschaften gibt es nur wenige.³⁴ Die geringe Bedeutung der Personalvorsorgegenossenschaften hat ihren Grund vor allem in der zwingenden

²⁷ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 325; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 2.

²⁸ GÄCHTER/MEYER, Vorsorgeeinrichtung, 100; HELBLING, Gesamtdarstellung, 81; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 6.

²⁹ Art. 80 ZGB.

³⁰ Rechtsformen der Vorsorgeeinrichtungen in der beruflichen Vorsorge, Bericht der Expertenkommission, April 2004, S. 12.

³¹ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 30.

³² HELBLING, Gesamtdarstellung, 85.

³³ HELBLING, Gesamtdarstellung, 85.

³⁴ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 6. Die Zahl der als Genossenschaften organisierten Vorsorgeeinrichtungen ist gesamtschweizerisch unter 30 gesunken, siehe HELBLING, Gesamtdarstellung, 81, 85.

Stimmengleichheit aller Genossenschafter gemäss Art. 854 OR, durch welche der Arbeitgeber leicht in Minderheit versetzt werden kann.³⁵

Bei den öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen erfolgt keine weitere Präzisierung. Sie können selbständige oder unselbständige Anstalten oder Körperschaften sein und ihre Rechtsgrundlage im eidgenössischen, kantonalen oder kommunalen Recht haben.³⁶ Träger solcher Vorsorgeeinrichtungen können Bund, Kantone, Gemeinden³⁷, Zweckverbände oder Konkordate sein.³⁸

Die Umschreibung «Einrichtung des öffentlichen Rechts» bedeutet, dass öffentlich-rechtliche Einrichtungen mit und ohne eigene Rechtspersönlichkeit zulässig sind.³⁹ Im letzteren Fall ist das Gemeinwesen selber (d.h. Bund, Kantone, Gemeinden, Konkordate, Zweckverbände) Träger der Vorsorgeeinrichtung.⁴⁰ Das ist von Bedeutung für die Passivlegitimation bei Streitfällen.⁴¹

2. Reformprojekt

Eine eigene Rechtsform, die den besonderen Bedingungen einer Vorsorgeeinrichtung Rechnung tragen würde, besteht bisher nicht. Verschiedentlich ist diskutiert worden, für Vorsorgeeinrichtungen eine eigene Rechtsform zu schaffen. Im Juli 2003 wurde eine Expertenkommission «Rechtsformen der Vorsorgeeinrichtungen in der beruflichen Vorsorge» unter der Leitung von Professor HANS MICHAEL RIEMER eingesetzt. Diese empfiehlt, innerhalb des Rechtssystems eine neue Rechtsform für Vorsorgeeinrichtungen als neuen Untertyp der Anstalten auszugestalten und für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen die unerlässlichen Sondernormen vorzusehen.⁴²

³⁵ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 6.

³⁶ BBl 1976 I 255; BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2005, N 24; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 2; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1288.

³⁷ Vgl. dazu BGE 135 I 28, 41 E. 5.4.

³⁸ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1288.

³⁹ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 2, 122.

⁴⁰ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 325.

⁴¹ Vgl. BGE 116 V 353, 343 f. E. 4 a, wonach die Pensionskasse einzuklagen gewesen wäre und nicht der Regierungsrat, da jene eine eigene Rechtspersönlichkeit besass; in BGE 127 V 29, 34 E. 2 wurde die Prozessfähigkeit einer Pensionskasse aufgrund der konkreten Statuten trotz fehlender Rechtspersönlichkeit bejaht; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 122.

⁴² Rechtsformen der Vorsorgeeinrichtungen in der beruflichen Vorsorge, Bericht der Expertenkommission, April 2004.

www.bsv.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/archiv/presse/2004/d/0408250102.pdf, besucht am 30. April 2008, 58). Ausführlich zum Bedürfnis nach einer neuen Rechtsform: GÄCHTER/MEYER, Vorsorgeeinrichtung, 115.

- 21 Im August 2004 beschloss der Bundesrat, eine Folgekommission einzusetzen, die bis Ende 2007 für das Projekt Rechtsform für Vorsorgeeinrichtungen einen Vernehmlassungsentwurf entwerfen sollte.⁴³ Anfang 2008 entschied der Bundesrat allerdings, für dieses Projekt keine separate Revisionsvorlage ausarbeiten zu lassen. Stattdessen soll der eine oder andere Punkt im Rahmen des Projekts der Finanzierung öffentlich-rechtlicher Vorsorgeeinrichtungen behandelt werden.⁴⁴

3. Verselbständigungspflicht

- 22 Art. 48 Abs. 2 BVG beinhaltet neben den zulässigen Rechtsformen indirekt auch die Pflicht des Arbeitgebers bzw. der Stifterfirma, die Personalvorsorge auf rechtlich verselbständigte Träger zu übertragen.⁴⁵ Nicht zulässig ist es somit, dass der Arbeitgeber das für die Personalvorsorge bestimmte Vermögen nur buchhalterisch ausscheidet und lediglich als besonderen Bilanzposten ausweist.⁴⁶ Eine Ausnahme von der Verselbständigungspflicht besteht lediglich für unselbständige öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen. Bei diesen bleibt das betreffende Gemeinwesen als Arbeitgeber selbst rechtlicher Träger der Vorsorgeeinrichtung.⁴⁷
- 23 Für die Verselbständigungspflicht gibt es drei Gründe. Zum einen sollen die Vorsorgemittel dauerhaft erhalten bleiben und dem Zugriff des Arbeitgebers, beispielsweise zur Deckung seiner eigenen Schulden, entzogen sein. Es soll zudem verhindert werden, dass in der Betreuung oder im Konkurs des Arbeitgebers dessen Gläubiger zur Schuldendeckung auf das Vorsorgevermögen greifen können. Schliesslich soll auch die Haftung des Arbeitgebers im Rahmen der Personalvorsorge beschränkt werden. Durch die Verselbständigung haftet der Arbeitgeber nur für seine Beiträge an die Vorsorge, eine weitergehende finanzielle Verpflichtung entfällt.⁴⁸ Die Verselbständigungspflicht ist absolut und zwingend

⁴³ Medienmitteilung vom 25. August 2004, Strukturreform in der beruflichen Vorsorge: Grundsatzentscheide des Bundesrates (www.bsv.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/archiv/index.html?msgsrc=/2004/d/04082501.htm&lang=de, besucht am 30. April 2008).

⁴⁴ Auskunft des BSV vom 11. Juni 2008.

⁴⁵ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 326; BRÜHWILER, Verselbständigungspflicht, 498; BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2005 f., N 25; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1289.

⁴⁶ BRÜHWILER, Verselbständigungspflicht, 499; BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2005 f., N 25; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 3.

⁴⁷ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 325, 326 Fn. 15; BRÜHWILER, Verselbständigungspflicht, 500; VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Art. 48 BVG N 1.

⁴⁸ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 326; BRÜHWILER, Verselbständigungspflicht, 499; BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2005 f., N 25; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 3; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1289.

und schliesst andere Formen, wie beispielsweise vertragliche Zusagen des Arbeitgebers, aus.⁴⁹

Die Verselbständigungspflicht besteht gemäss Art. 331 Abs. 1 OR grundsätzlich auch in der weitergehenden Vorsorge.⁵⁰ Diese Bestimmung gewährt den Arbeitnehmenden einen privatrechtlichen Anspruch auf Übertragung der Zuwendungen auf einen selbständigen Rechtsträger und ist somit auf dem Weg des Zivilprozesses durchsetzbar.⁵¹ Eine Ausnahme von der Verselbständigungspflicht besteht allerdings aufgrund von Art. 331 Abs. 2 OR. Nach dieser Bestimmung dürfen Beiträge in der weitergehenden Kranken-, Unfall-, Lebens-, Invaliden- und Todesfallversicherung direkt an eine der Versicherungsaufsicht unterstehende Institution oder an eine anerkannte Krankenkasse übertragen werden, wenn dem Arbeitnehmer mit dem Eintritt des Versicherungsfalles ein selbständiges Forderungsrecht gegenüber dieser Einrichtung zusteht.⁵² Allerdings werden auch hier die Beiträge auf einen anderen Rechtsträger übertragen. Diese Vorsorgeform hat in der Schweiz nie Fuss gefasst, weshalb diese Bestimmung toter Buchstabe geblieben ist.⁵³ Für den Obligatoriumsbereich besteht keine solche Ausnahmebestimmung von der Verselbständigungspflicht.⁵⁴

Die Verselbständigungspflicht schliesst eine durch unmittelbare Vorsorgezusage des Arbeitgebers betriebene Personalvorsorge, bei welcher der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer direkt selber bestimmte Vorsorgeleistungen aus seinem Privat- oder Geschäftsvermögen verspricht, im Bereich des BVG-Obligatoriums aus.⁵⁵

Offen ist, ob Art. 48 Abs. 2 BVG auch eine Verselbständigungspflicht bezüglich der Angestellten von autonomen Vorsorgeeinrichtungen beinhaltet oder ob diese bei derselben Kasse berufsvorsorgerechtlich versichert sein dürfen, die auch ihr Arbeitgeber ist.⁵⁶ Da es sich bei Vorsorgeeinrichtungen insofern um besonders gearbete Arbeitgeber handelt, als sie der Aufsicht gemäss Art. 61 ff. BVG unterstehen, erscheint die Gefahr für die Versicherten viel geringer, was in diesem Fall für eine Ausnahme von der Verselbständigungspflicht spricht.

⁴⁹ BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2005 f., N 25; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1289.

⁵⁰ BRÜHWILER, Verselbständigungspflicht, 498.

⁵¹ BGE 106 II 47, 49 f. E. 2.

⁵² Art. 331 Abs. 2 OR.

⁵³ BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2106 f., N 45.

⁵⁴ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1289.

⁵⁵ Im Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge ist sie jedoch weiterhin möglich. In diesem Zusammenhang ist auch Art. 339d Abs. 2 OR zu erwähnen, der die Leistungen aus solchen Vorsorgezusagen als an die Abgangsentschädigung anrechenbare Ersatzleistungen zulässt. BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2006, N 26.

⁵⁶ Siehe zu dieser Frage BRÜHWILER, Verselbständigungspflicht, 497 ff.

IV. Streichung aus dem Register (Abs. 3)

- 27 Bis zur 1. BVG-Revision bestand keine ausdrückliche formelle Gesetzesgrundlage für die Streichung einer Vorsorgeeinrichtung aus dem Register, wenn diese die gesetzlichen Voraussetzungen für die Durchführung der obligatorischen Versicherung nicht mehr erfüllte.⁵⁷ Eine entsprechende Regelung war zwar in aArt. 10 BVV 1 vorgesehen, doch fehlte dieser die gesetzliche Grundlage.⁵⁸
- 28 Mit Art. 48 Abs. 3 Bst. a BVG wurde nun auf Gesetzesstufe eine Norm geschaffen, welche es der Aufsichtsbehörde im Sinn eines repressiven Aufsichtsmittels erlaubt, eine im Register eingetragene Vorsorgeeinrichtung auch gegen ihren Willen aus dem Register zu streichen, wenn diese eine oder mehrere der Eintragsbedingungen gemäss Art. 48 Abs. 2 BVG nicht mehr erfüllt und den Mangel trotz entsprechender Fristansetzung nicht beseitigt.⁵⁹ Zu denken ist beispielsweise an Verstösse gegen Art. 65d BVG (Unterdeckung) oder Art. 51 BVG (paritätische Verwaltung).⁶⁰ Mit der Streichung können Schäden für Versicherte rechtzeitig vermieden oder wenigstens gemindert werden.⁶¹
- 29 Wird die Vorsorgeeinrichtung aus dem Register gestrichen, so darf sie die gesetzliche obligatorische Versicherung nicht mehr durchführen. Sie muss daher ihren Bestand an Personen, die obligatorisch zu versichern sind, mit den entsprechenden Vorsorgemitteln einer anderen registrierten Vorsorgeeinrichtung übertragen.⁶² Die aus dem Register zu streichende Vorsorgeeinrichtung muss die bei ihr angeschlossenen Arbeitgeber darüber orientieren, dass sie sich einer anderen registrierten Vorsorgeeinrichtung anschliessen müssen. Sie meldet der Aufsichtsbehörde die bei ihr bisher angeschlossenen Arbeitgeber.⁶³ Zudem muss sie der Aufsichtsbehörde einen Schlussbericht vorlegen. Solange dieser nicht genehmigt ist, bleibt sie der jeweiligen Aufsichtsbehörde hinsichtlich der Verpflichtungen unterstellt, die ihr nach BVG für die Vergangenheit noch obliegen.⁶⁴
- 30 Wenn sich ein von der Streichung aus dem Register betroffener Arbeitgeber nicht selber einer anderen registrierten Vorsorgeeinrichtung anschliesst, stellt die Streichung einen Fall von Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG (Zwangsanschluss an die Aufgangeinrichtung) dar. Das gilt auch bei einem freiwilligen Verzicht auf die Registrierung gemäss Art. 48 Abs. 3 Bst. b BVG.⁶⁵

⁵⁷ BBl 2000 2675.

⁵⁸ BBl 2000 2675; BBl 1995 IV 1245, 1250, 1259, 1272, 1282.

⁵⁹ BBl 2000 2675; RIEMER, Vorsorgeeinrichtungen, 61.

⁶⁰ RIEMER, Vorsorgeeinrichtungen, 61.

⁶¹ BBl 2000 2675.

⁶² BBl 2000 2675; VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Art. 48, 153.

⁶³ Art. 10 Abs. 1 BVV 1.

⁶⁴ Art. 10 Abs. 5 BVV 1.

⁶⁵ RIEMER, Vorsorgeeinrichtungen, 62.

Der grösste Teil der Streichungen aus dem Register erfolgt aber gemäss Art. 48 Abs. 3 Bst. b BVG auf Antrag der Vorsorgeeinrichtungen. Beispielsweise dann, wenn eine kleinere Vorsorgeeinrichtung ihre Selbständigkeit aufgibt und der Arbeitgeber sich einer Sammeleinrichtung anschliesst oder wenn nach einer Fusion oder Übernahme von Firmen die Vorsorgeeinrichtung des einen Partners in diejenige des anderen integriert wird. Auch Firmenschliessungen und Konkurse können die Streichung von deren Vorsorgeeinrichtungen im Register zur Folge haben.⁶⁶

V. Neue AHV-Versichertennummer (Abs. 4)

Art. 48 Abs. 4 BVG wurde im Zusammenhang mit der Revision des AHV-Gesetzes zur Einführung der neuen AHV-Versichertennummer (Änderung vom 23. Juni 2006) ins Gesetz eingefügt und ist auf den 1. Dezember 2007 in Kraft getreten.⁶⁷ Um im Bereich der sozialen Sicherheit die Koordination zu erleichtern, enthält diese Vorlage für alle in der Sozialversicherung tätigen Institutionen und Stellen eine Ermächtigung, die neue AHV-Versichertennummer systematisch zu verwenden.⁶⁸ Damit soll eine klare Rechtsgrundlage für den Einsatz der Nummer in der Sozialversicherung geschaffen werden.⁶⁹

Das Verarbeiten von Daten fällt unter den Geltungsbereich des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG). Kernelement des Datenschutzgesetzes ist das Legalitätsprinzip, d.h. die Forderung, dass Organe des Bundes Personaldaten nur bearbeiten dürfen, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht.⁷⁰ Bei besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen, d.h. bei sensiblen Daten gemäss der Definitionen in Art. 3 Bst. c und d DSG, ist eine formell-gesetzliche Grundlage erforderlich.⁷¹ Damit die AHV-Versichertennummer auch in anderen Bereichen der sozialen Sicherheit genutzt werden kann, muss die Verwendungsmöglichkeit unter datenschutzrechtlichen Aspekten geregelt sein. Mit der Bestimmung in Art. 48 Abs. 4 BVG wird diesem Erfordernis im Bereich der beruflichen Vorsorge Rechnung getragen.⁷²

Im Bereich der beruflichen Vorsorge mussten in diesem Zusammenhang auch Art. 89^{bis} Abs. 6 Ziff. 5a ZGB, Art. 49 Abs. 2 Einleitungssatz (betrifft nur den italienischen Text), Ziff. 6a, 25a und 25b BVG, Art. 85a Einleitungssatz und Bst. f BVG, Art. 86a Abs. 2 Bst. b^{bis} BVG und Art. 25 FZG geändert werden.⁷³

⁶⁶ HELBLING, Gesamtdarstellung, 740.

⁶⁷ AS 2007 5259 ff., 5267.

⁶⁸ BBl 2006 502.

⁶⁹ BBl 2006 507.

⁷⁰ Art. 17 Abs. 1 DSG.

⁷¹ Art. 17 Abs. 2 DSG.

⁷² Siehe zum Ganzen BBl 2006 501 ff.

⁷³ AS 2007 5264 ff.

Art. 49

Selbständigkeitsbereich

¹ Die Vorsorgeeinrichtungen sind im Rahmen dieses Gesetzes in der Gestaltung ihrer Leistungen, in deren Finanzierung und in ihrer Organisation frei. Sie können im Reglement vorsehen, dass Leistungen, die über die gesetzlichen Mindestbestimmungen hinausgehen, nur bis zum Erreichen des Rentenalters ausgerichtet werden.

² Gewährt eine Vorsorgeeinrichtung mehr als die Mindestleistungen, so gelten für die weiter gehende Vorsorge die Vorschriften über:

1. die Definition und Grundsätze der beruflichen Vorsorge sowie des versicherbaren Lohnes oder des versicherbaren Einkommens (Art. 1),
2. die zusätzlichen Einkäufe für den Vorbezug der Altersleistung (Art. 13a Abs. 8),
3. die Begünstigten bei Hinterlassenenleistungen (Art. 20a),
4. die Rückerstattung zu Unrecht bezogener Leistungen (Art. 35a),
5. die Anpassung an die Preisentwicklung (Art. 36 Abs. 2–4),
6. die Verjährung von Ansprüchen und die Aufbewahrung von Vorsorgeunterlagen (Art. 41),
- 6a. die systematische Verwendung der Versichertennummer der AHV (Art. 48 Abs. 4),
7. die paritätische Verwaltung (Art. 51),
8. die Verantwortlichkeit (Art. 52),
9. die Kontrolle (Art. 53),
10. die Interessenkonflikte (Art. 53a),
11. die Teil- oder Gesamtliquidation (Art. 53b–53d),
12. die Auflösung von Verträgen (Art. 53e und 53f),
13. den Sicherheitsfonds (Art. 56 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2–5, Art. 56a, 57 und 59),
14. die Aufsicht (Art. 61, 62 und 64),
15. die Gebühren (Art. 63a),
16. die finanzielle Sicherheit (Art. 65, 65c, 65d Abs. 1, 2 und 3 Bst. a zweiter Satz und b, Art. 65e, 66 Abs. 4, 67 und 69),
17. die Transparenz (Art. 65a),
18. die Rückstellungen (Art. 65b),
19. die Versicherungsverträge zwischen Vorsorgeeinrichtungen und Versicherungseinrichtungen (Art. 68 Abs. 3 und 4),
20. die Überschussbeteiligungen aus Versicherungsverträgen (Art. 68a),
21. die Vermögensverwaltung (Art. 71),
22. die Rechtspflege (Art. 73 und 74),
23. die Strafbestimmungen (Art. 75–79),
24. den Einkauf (Art. 79b),
25. den versicherbaren Lohn und das versicherbare Einkommen (Art. 79c),
- 25a. die Datenbearbeitung für die Zuweisung oder Verifizierung der Versichertennummer der AHV (Art. 85a Bst. f),

25b. die Datenbekanntgabe für die Zuweisung oder Verifizierung der Versichertennummer der AHV (Art. 86a Abs. 2 Bst. b^{bis}),

26. die Information der Versicherten (Art. 86b).

Compétence propre

¹ Dans les limites de la présente loi, les institutions de prévoyance peuvent adopter le régime des prestations, le mode de financement et l'organisation qui leur conviennent. Elles peuvent prévoir dans le règlement que les prestations qui dépassent les dispositions légales minimales ne soient versées que jusqu'à l'âge de la retraite.

² Lorsqu'une institution de prévoyance étend la prévoyance au-delà des prestations minimales, seules s'appliquent à la prévoyance plus étendue les dispositions régissant:

1. la définition et les principes de la prévoyance professionnelle et le salaire ou le revenu assuré (art. 1),
2. les versements supplémentaires pour la retraite anticipée (art. 13a, al. 8),
3. les bénéficiaires de prestations de survivants (art. 20a),
4. la restitution des prestations indûment touchées (art. 35a),
5. l'adaptation à l'évolution des prix (art. 36, al. 2 à 4),
6. la prescription des droits et la conservation des pièces (art. 41),
- 6a. l'utilisation systématique du numéro d'assuré AVS (art. 48, al. 4),
7. la gestion paritaire (art. 51),
8. la responsabilité (art. 52),
9. le contrôle (art. 53),
10. les conflits d'intérêts (art. 53a),
11. la liquidation partielle ou totale (art. 53b à 53d),
12. la résiliation de contrats (art. 53e et 53f),
13. le fonds de garantie (art. 56, al. 1, let. c, al. 2 à 5, art. 56a, 57 et 59),
14. la surveillance (art. 61, 62 et 64),
15. les émoluments (art. 63a),
16. la sécurité financière (art. 65, 65c, 65d, al. 1, 2 et 3, let. a, 2^e phrase, et let. b, art. 65e, 66, al. 4, 67 et 69),
17. la transparence (art. 65a),
18. les réserves (art. 65b),
19. les contrats d'assurance entre institutions de prévoyance et institutions d'assurance (art. 68, al. 3 et 4),
20. la participation aux excédents résultant des contrats d'assurance (art. 68a),
21. l'administration de la fortune (art. 71),
22. le contentieux (art. 73 et 74),
23. les dispositions pénales (art. 75 à 79),
24. le rachat (art. 79b),
25. le salaire et le revenu assurable (art. 79c),
- 25a. le traitement des données en vue d'attribuer ou de vérifier le numéro d'assuré AVS (art. 85a, let. f),
- 25b. la communication de données en vue d'attribuer ou de vérifier le numéro d'assuré AVS (art. 86a, al. 2, let. b^{bis}),
26. l'information des assurés (art. 86b).

Libertà operativa

¹ Nell'ambito della presente legge, gli istituti di previdenza possono strutturare liberamente le prestazioni, il finanziamento di queste e l'organizzazione. Possono prevedere nel regolamento che le prestazioni superiori ai minimi legali siano versate solo fino all'età del pensionamento.

² Se un istituto di previdenza concede prestazioni superiori a quelle minime, alla previdenza più estesa si applicano soltanto le prescrizioni concernenti:

1. la definizione e i principi della previdenza professionale e del salario o reddito assicurabile (art. 1),
2. gli acquisti supplementari per il prelievo anticipato della prestazione di vecchiaia (art. 13a cpv. 8),
3. i beneficiari di prestazioni per i superstiti (art. 20a),
4. la restituzione delle prestazioni ricevute indebitamente (art. 35a),
5. l'adeguamento all'evoluzione dei prezzi (art. 36 cpv. 2-4),
6. la prescrizione dei diritti e la conservazione di documenti (art. 41),
 - 6a. l'utilizzazione sistematica del numero d'assicurato dell'AVS (art. 48 cpv. 4),
7. l'amministrazione paritetica (art. 51),
8. la responsabilità (art. 52),
9. il controllo (art. 53),
10. i conflitti di interesse (art. 53a),
11. la liquidazione parziale o totale (art. 53b-53d),
12. lo scioglimento dei contratti (art. 53e e 53f),
13. il fondo di garanzia (art. 56 cpv. 1 lett. c e cpv. 2-5, 56a, 57 e 59),
14. la vigilanza (art. 61, 62 e 64),
15. gli emolumenti (art. 63a),
16. la sicurezza finanziaria (art. 65, 65c, 65d cpv. 1, 2 e 3 lett. a, secondo periodo, e b, 65e, 66 cpv. 4, 67 e 69),
17. la trasparenza (art. 65a),
18. le riserve (art. 65b),
19. i contratti assicurativi tra istituti di previdenza e istituti d'assicurazione (art. 68 cpv. 3 e 4),
20. la partecipazione alle eccedenze risultanti dai contratti d'assicurazione (art. 68a),
21. l'amministrazione del patrimonio (art. 71),
22. il contenzioso (art. 73 e 74),
23. le disposizioni penali (art. 75-79),
24. il riscatto (art. 79b),
25. il salario assicurabile e il reddito assicurabile (art. 79c),
 - 25a. il trattamento dei dati per assegnare o verificare il numero d'assicurato dell'AVS (art. 85a lett. f),
 - 25b. la comunicazione dei dati per assegnare o verificare il numero d'assicurato dell'AVS (art. 86a cpv. 2 lett. bbis),
26. l'informazione degli assicurati (art. 86b).

Inhaltsverzeichnis

	Note	Seite
I. Regelungsgegenstand und seine Bedeutung	1	736
II. Anwendungsbereich	4	736
III. Umschreibung des Selbständigkeitsbereichs und Inhalt des weitergehenden Vorsorgeverhältnisses (Abs. 1)	6	737
1. Bedeutung des Selbständigkeitsbereichs	6	737
2. Abgrenzung zwischen obligatorischer und weitergehender Vorsorge...	9	738
3. Privatrechtliche Berufsvorsorge	15	739
a. Rechtsnatur der weitergehenden Vorsorge	15	739
b. Ermittlung des reglementarischen Normsinns in der weitergehenden Vorsorge	18	740
c. Einzelabreden	25	743
4. Öffentlich-rechtliche Berufsvorsorge	26	744
5. Einschränkung von Leistungen ab Erreichen des Rentenalters (Abs. 1 Satz 2)	27	744
IV. Für die weitergehende Vorsorge zwingende BVG-Minimalnormen (Abs. 2)	29	745
1. Grundmerkmale der Verweisliste von Art. 49 Abs. 2 BVG	29	745
2. Überblickartige Gruppierung der umfassend anwendbaren Normen nach Art. 49 Abs. 2 BVG	30	746
V. Exkurs: In Art. 49 Abs. 2 BVG nicht genannte Normen mit direkten Auswirkungen auf die weitergehende Vorsorge	37	747
1. Im Verweiskatalog nicht enthaltene BVG-Normen	37	747
2. Ausserhalb des BVG bestehende direkt anwendbare Normen	41	748

Literaturverzeichnis

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008; KIESER UELI, Die Auswirkungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) auf die berufliche Vorsorge, Hill-2006-Fachartikel-5, publ. im Internet unter <www.hilljournal.ch>; KOLLER THOMAS, Das Obligationenrecht als Prokrustesbett des Berufsvorsorgerechts – oder: die I. Kammer des EVG als III. Zivilabteilung des Bundesgerichts?, AJP 10/96, 1276–1281; RIEMER HANS MICHAEL, Urteil des Bundesgerichts Luzern (II. sozialrechtliche Abteilung) vom 19. Januar 2007 (B 82/06), in: SZS 51/2007, 387–389; STAUFFER HANS-ULRICH, Berufliche Vorsorge im Obligatorium und Überobligatorium: Naht- und Bruchstellen, in: Schaffhauser René/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), BVG-Tagung 2006, St. Gallen 2006, 37–64; WOHLMANN HERBERT, Die Auslegung von Stiftungsreglementen, Replik zu Thomas Geiser: Die Auslegung von Stiftungsreglementen SZS 2 (2000) 97 ff., SZS 44/2000, 373–376; sowie zentrales Literaturverzeichnis.

I. Regelungsgegenstand und seine Bedeutung

- 1 In Art. 49 BVG wird den Vorsorgeeinrichtungen ausdrücklich die Befugnis eingeräumt, hinsichtlich Leistungen, Finanzierung und Organisation *eigene Regelungen* zu treffen. Diese Freiheiten sind einerseits durch den «Rahmen dieses Gesetzes» begrenzt (Abs. 1). Andererseits wird für den Fall der Gewährung von über das gesetzliche Minimum hinausgehenden Leistungen auf Einzelbestimmungen des BVG verwiesen, die für sämtliche Teilbereiche der Vorsorgeverhältnisse zwingend einzuhalten sind (Abs. 2). Art. 49 BVG umschreibt hinsichtlich der gesetzlichen Minimalbestimmungen nach Art. 7–47 BVG in komplementärer Weise, was sich bereits aus dem Hinweis von Art. 6 BVG ergibt.¹
- 2 Aus der Tatsache, dass die Vorsorgeeinrichtungen bei ihrer Tätigkeit neben einem gesetzlichen Mindestbereich über einen Selbständigkeitsbereich verfügen, ergibt sich für die berufliche Vorsorge eine *zentrale Unterteilung*: Komponenten der einzelnen Vorsorgeverhältnisse können entweder dem Bereich der obligatorischen oder der weitergehenden Berufsvorsorge zugeordnet werden.
- 3 Dem durch das Gesetz in wesentlichen Teilen determinierten Obligatoriumsbe-
reich steht somit der Autonomiebereich der weitergehenden Vorsorge gegenüber, in dem grundsätzlich Regelungsfreiheit besteht. Jeder der beiden Bereiche ge-
horcht unterschiedlichen rechtlichen Leitlinien; auf der einen Seite besteht eine
öffentlich-rechtliche Grundlage (Obligatorium), auf der anderen Seite dominieren
privatrechtliche Grundsätze (weitergehende Vorsorge).² Das in der Praxis über-
wiegend anzutreffende Vorsorgeverhältnis mit Komponenten der obligatorischen
sowie weitergehenden Vorsorge (sog. *umhüllendes Vorsorgeverhältnis*) muss
daher – obwohl es äusserlich als Einheit erscheint – unter Umständen aufgeglie-
dert werden, damit die sich stellenden Rechtsfragen zutreffend beantwortet wer-
den können.

II. Anwendungsbereich

- 4 Aus Systematik und Wortlaut des Gesetzes kann hergeleitet werden, dass Art. 49 BVG bei *sämtlichen registrierten Vorsorgeeinrichtungen* (Art. 48 BVG) zur Anwendung gelangt.³ Zweck der umfassenden Anwendbarkeitserklärung der in Art. 49 Abs. 2 BVG aufgeführten Einzelbestimmungen ist es, zwischen dem Bereich der obligatorischen und demjenigen der weitergehenden Vorsorge eine

¹ BGE 121 V 104, 106 E. 4a.

² Siehe dazu ausführlicher hinten N 9 ff.

³ Vgl. BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2097, N 2.

gewisse Harmonisierung herzustellen, vorwiegend bei den organisatorischen Rahmenbedingungen.⁴

Die Anwendbarkeit von Art. 49 BVG *entfällt* hingegen *bei nicht registrierten Vorsorgeeinrichtungen*. Für solche Einrichtungen ist allerdings – soweit es sich um Stiftungen nach Art. 80 ff. ZGB handelt – Art. 89^{bis} Abs. 6 ZGB zu beachten. Diese Verweisbestimmung übernimmt den Inhalt von Art. 49 Abs. 2 BVG bis auf wenige Ausnahmen.

III. Umschreibung des Selbständigkeitsbereichs und Inhalt des weitergehenden Vorsorgeverhältnisses (Abs. 1)

1. Bedeutung des Selbständigkeitsbereichs

Der Grad der Autonomie, der den Vorsorgeeinrichtungen vom Gesetz zu-
gestanden wird, ist für ein obligatorisches Versicherungssystem erstaunlich hoch.
Erklären lässt sich diese gesetzgeberische Entscheidung nur historisch: Es war
das erklärte Ziel des Gesetzgebers, den bestehenden Vorsorgeeinrichtungen ein
Hineinwachsen in das neue BVG-System zu ermöglichen.⁵

Der Selbständigkeitsbereich erstreckt sich einerseits auf die *Organisation*: Das
Gesetz macht lediglich Vorschriften bezüglich der möglichen Rechtsformen der
registrierten Vorsorgeeinrichtungen (Stiftung, Genossenschaft, Einrichtung des
öffentlichen Rechts),⁶ der Bestimmung einer Kontrollstelle,⁷ des Beizugs eines
anerkannten Experten für berufliche Vorsorge für bestimmte Überprüfungen⁸
sowie des Grundsatzes der paritätischen Verwaltung.⁹ Darüber hinaus steht es den
Vorsorgeeinrichtungen weitgehend frei, sich eine organisatorische Struktur zu
geben. In der Praxis sind denn auch äusserst unterschiedliche Organisationsmus-
ter anzutreffen, die sich alle im Rahmen des Gesetzes bewegen.

Andererseits räumt das Gesetz den Vorsorgeeinrichtungen auch in der Gestaltung
ihrer *Leistungen* und bei deren *Finanzierung* Selbständigkeit ein, was bei einem
grundsätzlich obligatorischen Versicherungssystem noch erstaunlicher erscheint
als die weitgehende Organisationsautonomie. Es ist lediglich vor dem Hinter-
grund zu verstehen, dass es sich laut Art. 6 BVG bei den Art. 7–47 BVG nur um

⁴ Damit ist aber nicht gesagt, dass es keine oder nur eine schwache *inhaltliche* Harmonisie-
rung gibt; eine solche resultiert ihrerseits aus vertragsrechtlichen Grundsätzen (siehe hinten,
N 18 ff.).

⁵ Siehe Art. 6 BVG, N 7.

⁶ Art. 48 Abs. 2 BVG.

⁷ Art. 53 Abs. 1 BVG.

⁸ Art. 53 Abs. 2 BVG.

⁹ Art. 51 BVG.

Mindestnormen handelt, d.h. um eine Messgrösse dafür, ob das gesetzliche Minimum respektiert wird.

2. Abgrenzung zwischen obligatorischer und weitergehender Vorsorge

- 9 Die Mindestnormen von Art. 7–47 BVG knüpfen an verschiedenste Voraussetzungen bei der versicherten Person (u.a. Alter, Lohn, Art des Arbeitsverhältnisses) und an Erfordernisse bezüglich des Leistungsfalls an. Es bestehen daher im Leistungsbereich *vielfältigste Möglichkeiten*, den obligatorischen gesetzlichen Rahmen zu überschreiten.
- 10 Die weitergehende Berufsvorsorge umfasst die *über-, unter- und vorobligatorische Vorsorge*. Während die überobligatorische Vorsorge zusätzlich jenen Lohn versichert, der über dem oberen Grenzbetrag des koordinierten Lohnes liegt (Art. 8 Abs. 1 BVG), sichert die unterobligatorische Vorsorge Lohnanteile ab, die unterhalb des Mindestlohns für die Versicherungspflicht i.S. von Art. 7 Abs. 1 BVG liegen. Bei der vorobligatorischen Vorsorge handelt es sich schliesslich um Ansprüche, die noch vor Inkrafttreten des BVG erworben worden sind.¹⁰
- 11 Häufig lässt sich in einem Berufsvorsorgeverhältnis der Teil der weitergehenden Vorsorge lediglich als rein *quantitatives Element* erfassen, als Mehrbetrag, der über einer zahlenmässigen Grenze liegt. Die Komponenten der obligatorischen und der weitergehenden Vorsorge lassen sich in diesen Fällen nur anhand der sog. *Schattenrechnung* ermitteln, deren Führung bei den im BVG-Obligationenbereich tätigen Vorsorgeeinrichtungen vorgeschrieben ist (Art. 11 Abs. 1 BVV 2).¹¹
- 12 Daneben existieren reglementarische Bestimmungen, welche verglichen mit den BVG-Minimalnormen für die versicherte Person *vorteilhaftere Anspruchsvoraussetzungen* enthalten (z.B. Leistungen bei Berufsinvalidität, tieferes Pensionierungsalter¹²). Führt der gleiche Lebenssachverhalt zu einem Anspruch auf Leistungen der weitergehenden Vorsorge und sehen gleichzeitig die BVG-Minimalnormen eine zwingende Leistung vor, so erfolgt die Abgrenzung wiederum rein rechnerisch.
- 13 Ein ausschliesslicher Anspruch der weitergehenden Vorsorge liegt dann vor, wenn nach den BVG-Normen für den gleichen Fall überhaupt keine Leistungen vorgesehen sind (z.B. Invalidenrentenanspruch bei Invaliditätsgrad von 25%). Das Gleiche trifft zu, wenn zu den vom BVG vorgesehenen Leistungstypen eine als eigene Kategorie zu erkennende Art von Leistung hinzutritt (z.B. Alterszusatzrente für über 25-jährige Angehörige des Versicherten).

¹⁰ Z.B. RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 1 N 22, 50.

¹¹ Vgl. STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 299.

¹² Ohne Reduktion des gesetzlichen Mindestumwandlungssatzes nach Art. 15 BVG (BGE 133 V 575, 578 E. 6.2).

Im Bereich der Leistungen ist indes stets darauf zu achten, dass je ein separater Anspruch auf jede der Leistungsarten besteht, die von den BVG-Minimalvorschriften vorgesehen sind.¹³

3. Privatrechtliche Berufsvorsorge

a. Rechtsnatur der weitergehenden Vorsorge

Anders als im obligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge enthält das Gesetz – abgesehen von den weiter hinten behandelten Ausnahmen¹⁴ – keine zwingenden Anordnungen für die Ausgestaltung der weitergehenden Vorsorge. Es herrscht grundsätzlich Dispositionsfreiheit zwischen den privatrechtlichen Vorsorgebeteiligten. Vor diesem Hintergrund nehmen Rechtsprechung¹⁵ und Lehre¹⁶ das Vorliegen *privatrechtlicher (Vertrags-)Verhältnisse* an. Allerdings fehlt bei diesen Rechtsverhältnissen auf Seiten der Vorsorgeeinrichtung und der Versicherten ein Element, welches das private Vertragsrecht entscheidend kennzeichnet: die *Partnerwahlfreiheit*.¹⁷ Soweit es sich nicht um einzeln ausgehandelte Vorsorgelösungen (v.a. für Kadermitarbeiter) handelt, muss bei der konkreten Fallbeurteilung weiter berücksichtigt werden, dass die zu versichernde Person beim Vorsorgeverhältnis hinsichtlich Vertragsabschluss und Inhaltsgestaltung *faktisch unfrei* ist – man kann von Vertragszwang sprechen – und damit die Vertragsautonomie als einseitig zu Gunsten der Vorsorgeeinrichtung erscheint.¹⁸

Das einzelne Rechtsverhältnis im Bereich der weitergehenden Vorsorge ist als *Innominatkontrakt* zu qualifizieren,¹⁹ da das gesetzliche Vertragstypenrecht ein solches Vorsorgeverhältnis nicht direkt erfasst; es sind somit primär die allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts massgebend. Funktionell besteht immerhin eine starke Verwandtschaft zum Lebensversicherungsvertrag im Sinn des VVG, denn inhaltlich geht es um die Verpflichtung der Vorsorgeeinrichtung,

¹³ Eine solche eigene Leistungsart stellt beispielsweise die Invaliden-Kinderrente nach Art. 25 BVG dar (BGE 121 V 104, 107 E. 4b) sowie die Alterskinderrente nach Art. 17 BVG (auch bei vorzeitiger Pensionierung: BGE 133 V 575, 577 E. 4.2), nicht aber der Anspruch auf den Teuerungsausgleich bei Invalidenrenten gem. Art. 36 Abs. 1 BVG (BGE 127 V 264, 266 E. 4); siehe auch STAUFFER, Obligationen und Überobligation, 58, 61.

¹⁴ N 29 ff.

¹⁵ Z.B. BGE 131 V 27, 28 E. 2.1. m. Hinw.

¹⁶ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 4 N 13; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 253, 305.

¹⁷ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, N 615.

¹⁸ BGE 129 III 305, 309 E. 2.3; BGer-Urteil B 138/06 vom 17.4.2007, E. 4.2.3; vgl. auch KOLLER, Obligationenrecht, 1279 f.; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 326.

¹⁹ Statt vieler: RIEMER, Sparverträge, 236.

nach Eintritt eines Risikos (Alter, Tod und Invalidität) planmässig vordefinierte Leistungen zu erbringen.²⁰

- 17 Formale Grundlage des Vorsorgevertrags bildet stets das *Vorsorgereglement*, welches vorbehältlich abweichender Einzelabreden²¹ in genereller Weise für alle ihm zugehörigen Vorsorgeverhältnisse den Vertragsinhalt festlegt. Dieser speziellen vertraglichen Situation ist bei der Ermittlung des Inhalts des Vorsorgeverhältnisses Rechnung zu tragen.²²

b. Ermittlung des reglementarischen Normsinns in der weitergehenden Vorsorge

aa. Allgemeines zur Inhaltsermittlung bei Globalübernahme des Reglements

- 18 Kann im Einzelfall bezüglich eines Regelungsgegenstands der weitergehenden Vorsorge zwischen den Parteien des Vorsorgeverhältnisses *kein tatsächlich übereinstimmender Parteiwille festgestellt* werden,²³ so hat eine objektivierte Betrachtungsweise Platz zu greifen. Es gilt mithin das *Vertrauensprinzip*, wonach der Inhalt einer Willenserklärung so zu verstehen ist, wie er vom Empfänger in Anbetracht des Wortlauts und Zusammenhangs sowie der gesamten Umstände in guten Treuen verstanden werden durfte und musste.²⁴ Bei global übernommenen²⁵ Reglementsbestimmungen sind neben den allgemeinen Regeln zur Ermittlung des Vertragssinns die in der Praxis angewandten speziellen Regeln im Zusammenhang mit AGB bzw. AVB heranzuziehen.²⁶
- 19 Hat die Übernahme von Vertragsbestimmungen in globaler Weise stattgefunden, kann sich von Anfang an eine Geltungseinschränkung auf Grund der *Ungewöhnlichkeitsregel* ergeben.²⁷ Danach haben für die global zustimmende Partei solche Bestimmungen keine Wirkung, mit denen diese Person beim Vertragsschluss nicht gerechnet hat und mit denen sie aus ihrer Sicht vernünftigerweise auch nicht rechnen musste.²⁸ Die Ungewöhnlichkeit kann sich primär daraus ergeben, dass

²⁰ BGE 133 V 408, 412 E. 5.2.2 m. Hinw.

²¹ Dazu hinten N 25.

²² Zu den einzelnen Regeln sogleich N 19 ff.

²³ Die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung (z.B. BGE 116 V 218, 222 E. 2; 132 V 278, 281 E. 4.3; teilw. in BGE 133 V 408 publ. Urteil vom 9.7.2007 B 136/06, E. 3.1) übergeht diesen vorrangigen Prüfschritt häufig (vgl. demgegenüber BGE 132 V 286, 292 E. 3.2.1; siehe auch BGE 123 III 35, 39 E. 2b).

²⁴ Z.B. BGE 132 III 268, 275 E. 2.3.2; 132 V 149, 150 E. 5.

²⁵ Der Empfänger der vorformulierten Bestimmungen hat diese entweder nicht zur Kenntnis genommen, nicht überlegt oder nicht verstanden (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Rz. 1130).

²⁶ Vgl. BGE 122 V 142, 146 E. 4c m. Hinw.

²⁷ BGE 135 III 1, 7 E. 2.1; BUCHER, Basler Kommentar, N 60 zu Art. 1 OR m. Hinw.

²⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Rz. 1141.

der Inhalt einer Bestimmung mit Blick auf die Vertragsnatur oder typenspezifische Gesetzesnormen aussergewöhnlich (atypisch) ist.²⁹ Als Massstab können etwa beim weitergehenden Vorsorgeverhältnis die gesetzlichen Normen des BVG-Obligatoriums als Ausdruck einer «ausgewogenen» Vorsorgeregulierung herangezogen werden.³⁰ Ungewöhnlich können auch andere Umstände sein, wie namentlich die Platzierung der fraglichen Klausel.³¹ Vor dem Hintergrund, dass im Gegensatz zur Situation bei «normalen» AGB bzw. AVB im weitergehenden Berufsvorsorgerecht bei gewöhnlichen Arbeitnehmern zusätzlich die Partnerwahl- und Abschlussfreiheit praktisch nicht besteht,³² kann die Ungewöhnlichkeit einer Reglementsbestimmung nicht nur in speziellen Ausnahmefällen angenommen werden.³³

bb. Reglementsauslegung

Die Auslegung von Reglementsnormen der weitergehenden Vorsorge ist bei privatrechtlichen Vorsorgebeziehungen rechtsprechungsgemäss nach den Grundsätzen der *Vertragsauslegung* vorzunehmen.³⁴ Danach bildet der Wortlaut der betroffenen Bestimmung den Ausgangspunkt; dies bedeutet indes nicht, dass eine Auslegung mit Hilfe anderer Kriterien nur bei unklarem Wortlaut stattzufinden hätte.³⁵ Für die Ermittlung des Sinns der Reglementsbestimmungen sind stets auch Zweck und Systematik des Vorsorgereglements, das Verhalten der Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses sowie weitere Umstände zu berücksichtigen. Als dann muss die Regel der gesetzeskonformen Auslegung berücksichtigt werden: Ist der Sinn einer Reglementsbestimmung unklar, so ist im Zweifel derjenigen Auslegung Vorzug zu geben, die mit der zutreffenden dispositiven Gesetzesnorm

²⁹ Vgl. BGE 119 II 443, 446 E. 1a; 109 II 452, 458 E. 5b.

³⁰ Vgl. auch GEISER, Auslegung, 113.

³¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, N 1141b.

³² Vorne, N 15.

³³ Unter diesem Blickwinkel erscheinen höchstrichterliche Entscheide problematisch, in denen beispielsweise eine Null-Verzinsung (d.h. reale Vermögensentwertung) von überobligatorischem Alterssparguthaben als zulässig betrachtet wird (BGE 132 V 278) oder zu einer vom BVG-Obligatorium abweichenden Versicherungsklausel bezüglich Invalidität keine Fragen zu einer eventuellen Ungewöhnlichkeit aufgeworfen werden (EVG-Urteil vom 22.6.1995, E. 4b, publ. in: SZS 41/1997, 560 f. zur nachträglichen Verschlechterung der Invalidität; noch fragwürdiger: EVG-Urteil vom 16.12.2004, B 1/03, E. 2.5, wo auf Grund der Reglementsformulierung selbst bei voller Arbeitsunfähigkeit im Austrittszeitpunkt überhaupt keine überobligatorischen Invalidenleistungen auszurichten waren [zu dieser Thematik ebenfalls kritisch KIESER, Koordination, 100]); vgl. auch zur Frage der Ungewöhnlichkeit der Reglementsänderung betreffend laufende Renten RIEMER, B 82/06, 389.

³⁴ Vgl. BGE 131 V 27, 29 E. 2.2; 122 V 142, 146 E. 4c; vgl. auch RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 4 N 19; GEISER, Auslegung, 104 ff.; a.M. KOLLER, Obligationenrecht, 1280; WOHLMANN, Auslegung, 373 ff.

³⁵ Vgl. BGE 127 III 444, 445 E. 1b.

übereinstimmt. Will eine Vertragspartei vom dispositiven Recht abweichen, so hat sie dies mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck zu bringen.³⁶ Für den Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge können neben den Normen des allgemeinen Teils des Obligationenrechts insbesondere die BVG-Minimalnormen als relevante Vergleichsnormen betrachtet werden.³⁷

- 21 Die v.a. im Zusammenhang mit der Auslegung von AGB bzw. AVB häufig angeführte *Unklarheitenregel* (in dubio contra stipulatorem) kommt erst subsidiär zur Anwendung,³⁸ nämlich wenn bei Vorliegen eines mehrdeutigen Wortlauts die anderen Auslegungsregeln kein eindeutiges Resultat ergeben.³⁹

cc. Reglementsergänzung

- 22 Erweist sich das Vorsorgerelement hinsichtlich eines Regelungsgegenstandes der weitergehenden Vorsorge als lückenhaft, ist es also planwidrig unvollständig,⁴⁰ so hat im Streitfall das Gericht eine Ergänzung vorzunehmen. In erster Linie sind zutreffende *dispositive Gesetzesnormen* zu suchen und anzuwenden (vgl. Art. 1 Abs. 1 ZGB). Im Zentrum stehen die Normen des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts⁴¹ sowie – bei umhüllenden Vorsorgeverhältnissen – jene des BVG (vgl. Art. 5 Abs. 2 Satz 1 BVG), wobei wohl entgegen der h.L.⁴² auch die Minimalbestimmungen nach Art. 7–47 BVG dispositives Recht darstellen können.⁴³ Die direkte Anwendung von Normen für gesetzlich beson-

³⁶ BGE 122 III 118, 121 E. 2a.

³⁷ Siehe zur Bedeutung der BVG-Minimalnormen bei der Reglementsergänzung sogleich N 22.

³⁸ Ein Verstoß gegen diese Rangfolge stellt eine Verletzung von Bundesprivatrecht dar (BGE 122 III 118, 124 E. 2d).

³⁹ Anwendungsfall: BGer-Urteil vom 17.11.2008, 9C_404/2008 E. 6.4.

⁴⁰ Davon ist das bewusste, «qualifizierte» Schweigen im Vorsorgerelement zu unterscheiden (Anwendungsfall: BGE 129 V 145).

⁴¹ BGE 131 V 27, 28 E. 2.1 m. Hinw.; Anwendungsfall: z.B. BGE 128 V 50 (zum Rechtszustand vor Inkrafttreten von Art. 35a BVG).

⁴² Z.B. RIEMER, Sparverträge, 241.

⁴³ Der hinsichtlich der weitergehenden Vorsorge dispositive Charakter der BVG-Minimalnormen lässt sich Art. 6 BVG entnehmen, wonach Art. 7–47 BVG «Mindestvorschriften» (und nicht: «zwingende Vorschriften») enthalten (GEISER, Auslegung, 109 f.). Weil es sich lediglich um Dispositivnormen handelt, ist der von Art. 49 Abs. 1 BVG gewährleistete Selbständigkeitsbereich nicht beeinträchtigt. Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung scheint (zumindest teilweise) BVG-Minimalnormen Dispositivcharakter hinsichtlich der weitergehenden Vorsorge zuzuerkennen (z.B. BGE 123 V 262, 264 E. 1b; EVG-Urteil vom 8.6.2006 B 34/05, E. 2.2; EVG-Urteil vom 22.8.2003 B 101/02, E. 4, hinsichtlich Zuständigkeitsordnung bei nachträglicher Erhöhung der Invalidität).

ders geregelte Vertragstypen fällt indes bei Reglementsbestimmungen mit Innominatkontrakt-Charakter ausser Betracht.⁴⁴

Fehlt es an einer anwendbaren gesetzlichen Dispositivnorm, so hat sich die Ergänzung am *hypothetischen Parteiwillen* zu orientieren. Dabei lässt sich das Gericht von dem leiten, was die Parteien nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wären sie sich des nicht geregelten Punktes bewusst gewesen.⁴⁵ Wie bei der Auslegung sind hier die Eigenheiten des konkreten Vertragsverhältnisses (Zweck, Systematik, Umstände) in Betracht zu ziehen.

Auch wenn bei der Ergänzung der hypothetische Parteiwille als Leitlinie dient, bleibt es nicht ausgeschlossen, dass das Gericht zwingende oder dispositive Gesetzesnormen zu gesetzlich besonders geregelten Rechtsverhältnissen *analog* anwendet. Dabei kommen für die weitergehende Vorsorge insbesondere folgende Bestimmungen in Betracht:

– VVG⁴⁶: z.B. aArt. 6⁴⁷, Art. 9⁴⁸, 71 Abs. 1⁴⁹.

– ATSG⁵⁰: z.B. Art. 3, 4, 6, 19, 61 Bst. a⁵¹.

c. Einzelabreden

Aus der *Geltung des Autonomiegrundsatzes* in der weitergehenden Vorsorge folgt, dass es auch bei Existenz reglementarischer Bestimmungen möglich sein muss, (evtl. vom Reglement abweichende) Einzelabreden zu treffen. Dem Wesen der reglementarischen Berufsvorsorge gemäss bedarf eine solche Vereinbarung der Schriftform.⁵² Eine Grenze findet die Zulässigkeit von Einzelabreden dort, wo gegen das in der gesamten beruflichen Vorsorge beachtliche Gebot der Gleichbehandlung (Art. 1 Abs. 3 BVG) verstossen wird.⁵³

⁴⁴ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Rz. 1251.

⁴⁵ BGE 132 V 278, 282 E. 4.3.

⁴⁶ Eingehender: RIEMER, BVG und VVG, 346 f.

⁴⁷ BGE 119 V 283, 287 E. 5a.

⁴⁸ BGE 118 V 158, 169 E. 5c.

⁴⁹ BGE 128 V 243, 252 E. 5.

⁵⁰ Die generelle Nichtunterstellung der beruflichen Vorsorge unter das ATSG schliesst nicht aus, dass einzelne ATSG-Normen (indirekt) selbst im Bereich der weitergehenden Vorsorge Wirkung entfalten (vgl. RIEMER, ATSG, 211).

⁵¹ Für eine Übersicht: KIESER, Auswirkungen.

⁵² BGE 118 V 229, 236 E. 6c/cc.

⁵³ BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2115, N 85.

4. Öffentlich-rechtliche Berufsvorsorge

- 26 Auch öffentlich-rechtliche Vorsorgeverhältnisse können Komponenten der weitergehenden Vorsorge beinhalten. Anders als in der privatrechtlich strukturierten weitergehenden Vorsorge gründet das Rechtsverhältnis hier nicht auf Vertrag, sondern auf Gesetz. Für die Ermittlung des Inhalts der gesetzlichen Vorsorgebestimmungen ist daher nach den *Regeln der Gesetzesauslegung und -ergänzung* zu verfahren.⁵⁴ Im Unterschied zu den Grundsätzen zur vertraglichen Inhaltsermittlung kommt dem Willenselement (historische Absicht des Gesetzgebers) nicht dieselbe dominante Bedeutung zu,⁵⁵ es sind daneben gleichrangig die Elemente der Gesetzesgrammatik und -systematik sowie das teleologische Element zu beachten.⁵⁶ Die Zulässigkeit von Einzelabreden ist dann gegeben, wenn der dem Vorsorgeverhältnis zu Grunde liegende öffentlich-rechtliche Erlass die Möglichkeit solcher individueller Vereinbarungen vorsieht.

5. Einschränkung von Leistungen ab Erreichen des Rentenalters (Abs. 1 Satz 2)

- 27 Gemäss Art. 49 Abs. 1 Satz 2 BVG können die Vorsorgeeinrichtungen Leistungen der weitergehenden Vorsorge zeitlich beschränken und vorsehen, dass diese nur bis zum Erreichen des Zeitpunkts des Altersrücktritts ausgerichtet werden. Aufgrund des Wortlauts bezieht sich die Möglichkeit, die entsprechenden Einschränkungen vorzunehmen, auf alle Leistungen, die vor dem Zeitpunkt des Erreichens des Rentenalters über das Obligatorium hinaus erbracht wurden (z.B. Berufsunfähigkeitsleistungen, höhere Kinderrenten bei Invalidität etc.). Im Vordergrund stehen aber die Invalidenleistungen. Diese Bestimmung stellt bei näherer Betrachtung nur einen *Anwendungsfall des Autonomieprinzips* der weitergehenden Vorsorge dar.
- 28 Die Vorschrift wurde im Rahmen der 1. BVG-Revision geschaffen und ist als *korrigierende Reaktion des Gesetzgebers* auf einen Bundesgerichtsentscheid – BGE 127 V 259 – zu verstehen.⁵⁷ In diesem Urteil wurde entschieden, dass analog zur Regelung in den BVG-Mindestnormen eine Invalidenrente auch in der weitergehenden Vorsorge zwingend in voller Höhe über den Zeitpunkt des ordentlichen Altersrücktritts hinaus bis zum Tod der versicherten Person ausgerichtet werden müsse. Das EVG stützte sich bei seinen Erwägungen insbesondere auf das allgemeine Ziel der beruflichen Vorsorge, wonach versicherten Personen nach Risikoeintritt die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise ermöglicht werden soll; die Verfassungsvorschrift von Art. 113 Abs. 2

⁵⁴ Z.B. BGE 130 V 80, 81 E. 3.2.2 m. Hinw.

⁵⁵ Vgl. BRÜHWILER/WALSER, *Vorsorge*, 2113, N 77.

⁵⁶ Vgl. z.B. BGE 114 V 219, 220 E. 3a.

⁵⁷ Amtl. Bull. 2002 NR 549 ff.

Bst. a BV enthält einen diesbezüglichen Auftrag an den Bundesgesetzgeber. In der Folge erwuchs dem richterlichen Vorgehen, den Inhalt eines verfassungsrechtlichen Gesetzgebungsauftrags auf den konkreten Einzelfall anzuwenden, einhellige Kritik.⁵⁸ In BGE 130 V 369 folgte das Gericht der Kritik und änderte seine Praxis. Laut der geänderten Praxis ist es zulässig, dass eine Vorsorgeeinrichtung die Rentenleistungen nach Erreichen des Rücktrittsalters nicht mehr in der Höhe der bisherigen Invalidenrente ausrichtet. Damit ist die vom Parlament beschlossene Neuregelung mittels ergänztem Art. 49 Abs. 1 BVG, mit welchem der Rechtsprechung nach BGE 127 V 259 die gesetzliche Grundlage entzogen werden sollte, noch vor ihrem Inkrafttreten⁵⁹ höchstrichterlich materiell antizipiert worden.

IV. Für die weitergehende Vorsorge zwingende BVG-Minimalnormen (Abs. 2)

1. Grundmerkmale der Verweisliste von Art. 49 Abs. 2 BVG

Wenn es um die Identifikation jener BVG-Normen geht, die auch in der weitergehenden Berufsvorsorge *zwingend* anzuwenden sind, nimmt Art. 49 Abs. 2 BVG mit seiner grossen Zahl von aufgelisteten Bestimmungen eine zentrale Stellung ein. Der im Rahmen der 1. BVG-Revision stark ausgedehnte Katalog verweist vor allem auf Gesetzesartikel, die organisatorische Grundlagen betreffen. Im Übrigen liegt das Schwergewicht mehr auf BVG-Bestimmungen, welche das Versichertenkollektiv einer Vorsorgeeinrichtung im Ganzen erfassen, und weniger auf Modalitäten, die das einzelne Vorsorgeverhältnis regeln. Obwohl der Verweisliste als solcher abschliessender Charakter zukommt,⁶⁰ bestehen weitere Gesetzesnormen, die nicht in Art. 49 Abs. 2 BVG erwähnt sind, in der weitergehenden Vorsorge indes ebenfalls zu beachten sind. Zum einen finden sich solche Bestimmungen im BVG, zum andern bestehen ausserhalb des BVG Normen, die umfassende Geltung beanspruchen.⁶¹

⁵⁸ Z.B. MOSER/STAUFFER/VETTER, «Entgleisung», 1377 f.; SCHNEIDER, ATF 127 V 259, 208 ff.; WALSER, *Vorsorgepläne*, 163 ff.

⁵⁹ Die Neufassung von Art. 49 Abs. 1 BVG ist seit dem 1. Januar 2005 in Kraft (vgl. AS 2004 1686, 1700).

⁶⁰ STAUFFER, *Gesundheitsvorbehalte*, 56.

⁶¹ Für eine Übersicht zu zwingenden Normen, die von Art. 49 Abs. 2 BVG nicht erfasst sind, hinten N 37 ff.

2. Überblicksartige Gruppierung der umfassend anwendbaren Normen nach Art. 49 Abs. 2 BVG

- 30 Für die Bestimmung der Tragweite der Normen, auf die der Katalog in Abs. 2 verweist, kann auf die entsprechenden Kommentierungen verwiesen werden. Mit den nachfolgenden Ausführungen soll lediglich ein Überblick über die mit Dutzenden von Verweisziffern sehr ausführliche Liste vermittelt werden.
- 31 An erster Stelle der Verweisliste wird die Zweck- und Definitionsnorm *Art. 1 BVG* erwähnt. Auf diese Weise wird klargestellt, dass auch in der weitergehenden Vorsorge die allgemeinen Prinzipien der beruflichen Vorsorge einzuhalten sind.⁶² In die Verweisung eingeschlossen sind die gestützt auf die Ermächtigung von Art. 1 Abs. 3 BVG erlassenen untergesetzlichen Bestimmungen, damit sind Art. 1–1i BVV 2 ebenfalls von Bedeutung.
- 32 Bezüglich der Ausgestaltung der *Leistungen* haben von Gesetzes wegen nach wie vor nur wenige BVG-Minimalbestimmungen auch für die weitergehende Vorsorge zwingenden Charakter. Immerhin gehört es zu den verbindlichen Vorgaben, dass die vom Gesetz vorgesehenen Leistungsarten je einzeln gewährt werden müssen, was die Anwendung des sog. Anrechnungsprinzips ausschliesst.⁶³
- 33 In *organisatorischer Hinsicht* sind diejenigen BVG-Minimalnormen anzuwenden, welche für die berufliche Vorsorge Basisfunktion haben. Hierbei geht es insbesondere um die Grundsätze zur paritätischen Verwaltung (Art. 51 BVG), zur Verantwortlichkeit (Art. 52 BVG) und Kontrolle (Art. 53 BVG).
- 34 In Übernahme des Postulats, aus Gründen der Rechtssicherheit für die gesamte berufliche Vorsorge einheitliche Rechtswege zur Verfügung zu stellen,⁶⁴ sieht Art. 49 Abs. 2 BVG eine umfassende Anwendbarkeit der *Rechtspflegebestimmungen* in Art. 73 und 74 BVG vor.
- 35 Bei den Regeln zur *Finanzierung*⁶⁵ sind es einerseits Vorschriften zum Schutz des Versichertenkollektivs,⁶⁶ die über die Grenzen des BVG-Minimums hinaus wir-

⁶² In Anbetracht des Wortlauts von Art. 1 Abs. 1 BVG («Berufliche Vorsorge umfasst *alle* [Hervorh. Verf.] Massnahmen [...]») und der Gesetzessystematik kann mit guten Gründen die Frage gestellt werden, ob ein expliziter Hinweis in Art. 49 Abs. 2 BVG rechtsetzungs-technisch überhaupt nötig ist, ob mit anderen Worten der Verweis nur deklaratorischen Charakter hat.

⁶³ Siehe auch vorne N 9.

⁶⁴ Vgl. BBI 1976 I 212 f.; siehe auch BBI 2000 III 2682 f.

⁶⁵ Damit sind in erster Linie die Beiträge gemeint, welche von den Altersgutschriften (im Sinne einer Leistungskategorie; Art. 16 BVG) zu unterscheiden sind (BGE 130 II 258, 263 E. 3.1).

⁶⁶ Wenn es also in der weitergehenden Vorsorge um die Sicherstellung der Leistungen geht, stellt die Absicherung als solche keine «freiwillige» Zusatzleistung dar, sondern es sind zwingend die Standards der BVG-Minimalvorsorge einzuhalten (vgl. z.B. BGE 121 II 198, 206 E. 5b).

ken, andererseits bestehen zwingende Limiten für die einzelnen Versicherten, wenn es um die Äufnung des Vorsorgeguthabens geht. Mit diesen Grenzwerten hat der Gesetzgeber vornehmlich darauf abgezielt, die steuerrechtlichen Abzugsmöglichkeiten zu beschränken.

Als Sonderfall ist schliesslich Art. 13a Abs. 8 BVG zu erwähnen, auf den in Ziff. 2 verwiesen wird. Diese Bestimmung hatte einen Aspekt betreffend das flexible Rentenalter zum Gegenstand und bildete Teil der in der Referendumsabstimmung gescheiterten 11. AHV-Revision.⁶⁷ Im bundesrätlichen Entwurf zur Neufassung der 11. AHV-Revision ist keine entsprechende Bestimmung mehr vorgesehen.⁶⁸ Der Verweis geht somit ins Leere und sollte gestrichen oder gegebenenfalls angepasst⁶⁹ werden.

V. Exkurs: In Art. 49 Abs. 2 BVG nicht genannte Normen mit direkten Auswirkungen auf die weitergehende Vorsorge

1. Im Verweiskatalog nicht enthaltene BVG-Normen

Obwohl der grösste Teil der auch in der weitergehenden Vorsorge zwingend einzuhaltenden Normen von der Verweisliste in Art. 49 Abs. 2 BVG erfasst wird, bestehen *weitere BVG-Bestimmungen*, die umfassend auf das umhüllende (d.h. aus Komponenten der obligatorischen und weitergehenden Vorsorge bestehende) Vorsorgeverhältnis anzuwenden sind.⁷⁰ Damit kann dem Hinweis auf den «Rahmen dieses Gesetzes» in Art. 49 Abs. 1 BVG ein eigenständiger Sinn zugeordnet werden.

Für Vorsorgeeinrichtungen, die dem FZG unterstellt sind,⁷¹ enthält Art. 5 Abs. 2 Satz 2 BVG Verweise mit eigenständigem Charakter⁷² auf *Art. 56 Abs. 1 Bst. d*,

⁶⁷ BBI 2003 6629, 6646.

⁶⁸ BBI 2006 2092 f.

⁶⁹ Der Nationalrat hat bei der Behandlung der Neufassung der 11. AHV-Revision (Leistungsseitige Massnahmen) einen Antrag der SGK des Nationalrats im Wesentlichen angenommen, der erneut einen Art. 13a BVG für die Regelung des flexiblen Rentenalters schaffen möchte. Im Rahmen dieses Vorschlags würde der nun ins Leere gehende Verweis in der geltenden Ziff. 2 von Art. 49 Abs. 2 BVG entsprechend angepasst. Siehe Amtl. Bull. 2008 NR 375 ff. und Amtl. Bull. 2009 SR 477 f.

⁷⁰ Für nähere Erläuterungen zu den verschiedenen umfassend anwendbaren Normen und ihren Zusammenhängen mit dem BVG siehe RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 1 N 47 ff.

⁷¹ Umhüllende Vorsorgeeinrichtungen sind von diesen Verweisen deshalb betroffen, weil sie als registrierte Einrichtungen von Gesetzes wegen die Leistungsansprüche reglementarisch definieren müssen (vgl. Art. 50 Abs. 1 BVG) und sie daher ohne Weiteres in den Anwendungsbereich des FZG fallen (Art. 1 Abs. 2 FZG).

⁷² Einige Verweise sind in Art. 49 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 2 Satz 2 BVG doppelt erwähnt.

Art. 65 Abs. 2, Art. 65c, Art. 65d Abs. 1, 2 und 3 Bst. a Satz 2 und b, Art. 65e, Art. 67 und Art. 69 BVG (alle betreffend Finanzierung).

- 39 Die Vorschriften des BVG zur Wohneigentumsförderung gemäss Art. 30a ff. BVG (und der WEFV auf Verordnungsebene) gelten ebenfalls für die registrierten und damit für alle umhüllenden Vorsorgeeinrichtungen.
- 40 Für umhüllende Vorsorgeeinrichtungen sind weiter die Steuerbestimmungen nach Art. 80 ff. BVG von Bedeutung, die ihre umfassende Geltung auf Grund des Wortlauts von Art. 80 Abs. 1 BVG erhalten. Diese Gesetzesnormen gelten nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung für sämtliche Vorsorgeeinrichtungen, selbst wenn diese nicht im Register für berufliche Vorsorge eingetragen sind.

2. Ausserhalb des BVG bestehende direkt anwendbare Normen

- 41 Vorsorgeeinrichtungen mit öffentlich-rechtlicher und auch solche mit privatrechtlicher Grundlage haben sich bei ihrem Handeln stets an den verfassungsmässigen Prinzipien der Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 BV), der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) sowie des Handelns nach Treu und Glauben und des Willkürverbots (Art. 9 BV) zu orientieren.⁷³ Wohl bilden die Prinzipien wegen ihres Regelungsinhalts nicht alleinige Grundlage von Rechten und Pflichten im einzelnen Vorsorgeverhältnis, es kommt ihnen jedoch bei der Reglementsauslegung und -ergänzung, insbesondere in der weitergehenden Vorsorge, einige Bedeutung zu.
- 42 Zentrale Funktion hat das im Freizügigkeitsfall massgebende FZG, welches mit allen Bestimmungen auf umhüllende Vorsorgeverhältnisse Anwendung findet.⁷⁴ Zu den relevanten Normen gehören sodann die untergesetzlichen Vorschriften, wie sie in der FZV niedergelegt sind.
- 43 Soweit es um die berufliche Vorsorge von Arbeitnehmenden geht, sind zudem die den arbeitsvertraglichen Normen des OR zugehörigen Art. 331 ff. OR von Bedeutung. Seit Inkrafttreten des BVG ist der Anwendungsbereich dieser Artikel lediglich noch auf den Bereich der weitergehenden Vorsorge beschränkt. Hier werden zahlreiche Anordnungen getroffen, die auch für die weitergehende Vorsorge bereits auf Grund der Verweise in Art. 49 Abs. 2 BVG und anderen umfassend anwendbaren BVG-Normen ihre gesetzliche Regelung gefunden haben.⁷⁵ Als Gesetzesnormen mit eigenständigem Inhalt sind vor allem Art. 331a Abs. 2

⁷³ Z.B. BGE 130 V 369, 376 E. 6.4 m. Hinw.

⁷⁴ Siehe Fn 71.

⁷⁵ Zu den materiell doppelt erfassten Regelungsgegenständen im Einzelnen RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 1 N 47.

(Nachdeckungsfrist), Art. 331b (Abtretung und Verpfändung) und Art. 331c OR (Gesundheitsvorbehalte⁷⁶) zu nennen.

Schliesslich finden sich noch in anderen Erlassen Einzelbestimmungen, die direkte Auswirkung auf die berufliche Vorsorge haben können. Hier sind namentlich die allgemeinen Bestimmungen zum Stiftungsrecht (Art. 80 ff. ZGB), die Normen zum Scheidungsrecht (Art. 122 ff. und 141 f. ZGB; ebenfalls anwendbar im Bereich des PartG [Art. 33 PartG]) sowie die aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen (z.B. Art. 39 VAG) zu erwähnen.⁷⁷

⁷⁶ Diese sind nur in der weitergehenden Vorsorge zulässig; eingehend zur Thematik: STAUFFER, Gesundheitsvorbehalte, 62 ff.

⁷⁷ Für detailliertere Hinweise siehe RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 1 N 60 ff.; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 240 ff.

Art. 50

Reglementarische Bestimmungen

¹ Die Vorsorgeeinrichtungen erlassen Bestimmungen über

- a. die Leistungen;
- b. die Organisation;
- c. die Verwaltung und Finanzierung;
- d. die Kontrolle;
- e. das Verhältnis zu den Arbeitgebern, zu den Versicherten und zu den Anspruchsberechtigten.

² Diese Bestimmungen können in der Gründungsurkunde, in den Statuten, im Reglement oder bei einer Einrichtung des öffentlichen Rechts in den vom Bund, vom Kanton oder von der Gemeinde erlassenen Vorschriften enthalten sein.

³ Die Vorschriften dieses Gesetzes gehen den von der Vorsorgeeinrichtung erlassenen Bestimmungen vor. Konnte die Vorsorgeeinrichtung jedoch guten Glaubens davon ausgehen, dass eine ihrer reglementarischen Bestimmungen im Einklang mit dem Gesetz stehe, so ist das Gesetz nicht rückwirkend anwendbar.

Dispositions réglementaires

¹ Les institutions de prévoyance établiront des dispositions sur:

- a. les prestations;
- b. l'organisation;
- c. l'administration et le financement;
- d. le contrôle;
- e. les rapports avec les employeurs, les assurés et les ayants droit.

² Ces dispositions peuvent figurer dans l'acte constitutif, dans les statuts, dans le règlement ou, s'il s'agit d'une institution de droit public, être édictées par la Confédération, le canton ou la commune.

³ Les dispositions de la présente loi priment les dispositions établies par l'institution de prévoyance. Si toutefois l'institution de prévoyance pouvait admettre de bonne foi qu'une de ces dispositions réglementaires était conforme à la loi, celle-ci n'est pas applicable rétroactivement.

Disposizioni regolamentari

¹ Gli istituti di previdenza emanano disposizioni su:

- a. le prestazioni;
- b. l'organizzazione;
- c. l'amministrazione e il finanziamento;
- d. il controllo;
- e. il rapporto con i datori di lavoro, gli assicurati e gli aventi diritto.

² Queste disposizioni possono essere contenute nell'atto di fondazione, negli statuti, nel regolamento o, se si tratta di un istituto di diritto pubblico, nelle prescrizioni emanate dalla Confederazione, dal Cantone o dal Comune.

³ Le prescrizioni della presente legge sono pozziori alle disposizioni emanate dall'istituto di previdenza. Tuttavia, se l'istituto di previdenza poteva presumere in buona fede che una sua disposizione regolamentare fosse conforme alla legge, quest'ultima non è applicabile retroattivamente.

Inhaltsverzeichnis

	Note	Seite
I. Entstehung.....	1	751
II. Erlass reglementarischer Bestimmungen (Abs. 1).....	3	752
1. Begriff und Bedeutung der reglementarischen Bestimmungen	3	752
2. Rechtsgrundlagen der Vorsorgeeinrichtungen	5	752
a. Privatrechtliche Vorsorgeeinrichtungen	5	752
b. Öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen	6	753
3. Inhalt der reglementarischen Bestimmungen	8	753
4. Kompetenz zum Erlass der reglementarischen Bestimmungen	13	754
5. Formvorschriften bei Erlass der reglementarischen Bestimmungen.....	14	754
6. Änderung von reglementarischen Bestimmungen	15	755
a. Kompetenz zur Änderung reglementarischer Bestimmungen.....	15	755
b. Formvorschriften bei Änderung der reglementarischen Bestimmungen.....	16	755
c. Änderung von reglementarischen Bestimmungen bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen	19	756
d. Formvorschriften bei Änderung der Statuten und Stiftungsurkunde	20	756
7. Grundsatz der Nichtrückwirkung	22	756
III. Erlassformen (Abs. 2).....	23	757
1. Stiftungsurkunde	24	758
2. Statuten	25	758
3. Reglement	26	758
4. Bedeutung anderer Schriftstücke.....	27	759
5. Erlassformen bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen	28	759
IV. Einzelabreden	29	759
V. Gutglaubensschutz (Abs. 3).....	33	760

Literaturverzeichnis

EGGER CHARLES ALBERT, Was ist unter einem *Vorsorgereglement* zu verstehen?, SPV 2002, 297–299; sowie zentrales Literaturverzeichnis.

I. Entstehung

Art. 50 BVG wurde auf den 1. Januar 1985 in Kraft gesetzt.¹ Die reglementarischen Bestimmungen mussten indes von den Vorsorgeeinrichtungen erst per 31. Dezember 1989 an die gesetzlichen Vorschriften angepasst werden.² Der in der bundesrätlichen Botschaft enthaltene Gesetzesentwurf wurde in den parla-

¹ Art. 1 Abs. 1 Verordnung über die Inkraftsetzung und Einführung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 29. Juni 1983 (AS 1983 827).

² aArt. 8 Abs. 2 BVV 1.

mentarischen Beratungen noch geändert und ergänzt. Insbesondere wurde in Abs. 3 ein genereller Vorbehalt zugunsten des guten Glaubens der Vorsorgeeinrichtung statuiert, welcher im bundesrätlichen Entwurf noch nicht vorgesehen war.³

- 2 Die 1. BVG-Revision hat zu keinen Änderungen und Ergänzungen von Art. 50 BVG geführt.

II. Erlass reglementarischer Bestimmungen (Abs. 1)

1. Begriff und Bedeutung der reglementarischen Bestimmungen

- 3 Unter den reglementarischen Bestimmungen im Sinn von Art. 50 BVG versteht man sämtliche für oder von privat- oder öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen erlassenen Vorschriften.⁴
- 4 Sie sind deshalb von herausragender Bedeutung, weil das BVG nur Mindeststandards definiert und den Vorsorgeeinrichtungen einen erheblichen Selbständigkeitsbereich belässt (Art. 49 Abs. 1 BVG). Ohne reglementarische Bestimmungen können etwa die Finanzierung und das Beitragswesen, für die sich im Gesetz nur rudimentäre Anhaltspunkte finden, nicht implementiert werden.

2. Rechtsgrundlagen der Vorsorgeeinrichtungen

a. Privatrechtliche Vorsorgeeinrichtungen

- 5 Art. 50 Abs. 1 BVG verpflichtet die Vorsorgeeinrichtungen, Bestimmungen über die Leistungen, die Organisation, die Verwaltung und Finanzierung, die Kontrolle und das Verhältnis zu den Arbeitgebern, zu den Versicherten und zu den Anspruchsberechtigten zu erlassen. Nach Art. 50 Abs. 2 BVG bestehen verschiedene Möglichkeiten, das Recht der Vorsorgeeinrichtung zu positivieren. Die Bestimmungen können in der Gründungsurkunde, in den Statuten oder im Reglement enthalten sein. Bei Vorsorgeeinrichtungen, die ausschliesslich die gesetzlichen Minimalleistungen erbringen, haben diese reglementarischen Bestimmungen sekundäre Bedeutung, da sie grösstenteils, insbesondere im Leistungsbereich, direkt auf das Gesetz abstellen können.⁵ Hingegen ist bei den Vorsorgeeinrich-

³ BBl 1976 I 257, 302 f.; Amtl. Bull. NR 1977, 1352; Amtl. Bull. SR 1980, 294; Amtl. Bull. NR 1981, 1100; Amtl. Bull. SR 1982, 21.

⁴ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 40.

⁵ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 254.

tungen, die auch weitergehende Leistungen erbringen, eine Umschreibung der Leistungen in den reglementarischen Bestimmungen zwingend erforderlich.⁶

b. Öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen

Vorsorgeeinrichtungen des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden basieren in der Regel auf öffentlich-rechtlichen Grundlagen, das heisst auf Gesetz und Verordnung.⁷ Dementsprechend sind nach Art. 50 Abs. 2 BVG die entsprechenden Bestimmungen über die Leistungen, die Organisation, die Verwaltung und Finanzierung, die Kontrolle und das Verhältnis zu den Arbeitgebern, zu den Versicherten und zu den Anspruchsberechtigten in den vom Bund, den Kantonen oder den Gemeinden erlassenen Vorschriften enthalten.

Bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen wird der Grundsatz der Beschlussfassung durch das paritätische Organ nach Art. 51 BVG, wie er für privatrechtliche Vorsorgeeinrichtungen gilt, eingeschränkt. Nach Art. 51 Abs. 5 BVG steht diesem vor Erlass einer Bestimmung der Vorsorgeeinrichtung lediglich ein Anhörungsrecht zu.⁸

3. Inhalt der reglementarischen Bestimmungen

Die reglementarischen Bestimmungen enthalten Angaben über den Träger der Vorsorge, das Verhältnis der versicherten Person zur Vorsorgeeinrichtung, den Versichertenkreis, die Modalitäten der Aufnahme, insbesondere über die Frage der Gesundheitsdeklaration beziehungsweise die vertrauensärztliche Untersuchung in der weitergehenden Vorsorge, sowie den zu versichernden Lohn, den Koordinationsabzug und die obere Begrenzung.⁹

Zudem beinhalten sie den Leistungskatalog und umschreiben die Berechnungsgrundlagen für die einzelnen Leistungen und legen die Modalitäten für deren Auszahlung sowie das Verhältnis zu den Leistungen anderer Versicherungen fest.¹⁰

Weiter regeln sie die Finanzierung und legen die Beiträge für den Aufbau des Altersguthabens, die Risikoversicherung, den Sicherheitsfonds und allenfalls

⁶ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 254.

⁷ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 251, 254. Siehe auch die Kommentierung von Art. 48 BVG.

⁸ Siehe dazu die Kommentierung von Art. 51 BVG, N 77 f.

⁹ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1335.

¹⁰ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1335.

Sanierungsmassnahmen fest und machen Angaben über die Zulässigkeit von Einkäufen und die Verwendung der Eintrittsleistungen.¹¹

11 Schliesslich normieren sie den Austritt aus der Personalvorsorgeeinrichtung bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses und setzen die Höhe und Verwendung der Freizügigkeitsleistung sowie die Nachdeckung fest.¹²

12 Sie enthalten zudem Vorschriften über die Voraussetzungen und das Verfahren zur Teilliquidation.¹³

4. Kompetenz zum Erlass der reglementarischen Bestimmungen

13 Die Kompetenz zum Erlass der reglementarischen Bestimmungen liegt gemäss Art. 50 Abs. 1 BVG bei der Vorsorgeeinrichtung. Im Anwendungsbereich der paritätischen Verwaltung (Art. 51 BVG) muss das Reglement vom obersten Führungsorgan erlassen werden.¹⁴ Ausserhalb dieses Anwendungsbereichs darf es auch vom Stifter einer Personalvorsorgestiftung erlassen werden.¹⁵ Gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. a BVG überwacht die Aufsichtsbehörde, ob diese gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden.

5. Formvorschriften bei Erlass der reglementarischen Bestimmungen

14 Bei Personalvorsorgestiftungen sind bei Erlass der reglementarischen Bestimmungen die gesetzlichen Formvorschriften von Art. 81 ZGB zu beachten. Diese gelten aber nur für die Urkunde. Diese muss öffentlich beurkundet werden. Das Reglement bedarf zu seiner Gültigkeit dagegen keiner öffentlichen Beurkundung, es genügt einfache Schriftlichkeit.¹⁶ Stiftungsreglemente erfüllen die Form der einfachen Schriftlichkeit auch ohne Unterschrift.¹⁷ Das Erfordernis der schriftlichen Niederlegung ergibt sich aus Art. 62 Abs. 1 Bst. a BVG, wonach die Aufsichtsbehörde unter anderem zu prüfen hat, ob die reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften übereinstimmen. Diese Aufgabe kann von der Aufsichtsbehörde nur wahrgenommen werden, wenn das Reglement in Schriftform vorliegt.¹⁸

¹¹ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1335.

¹² STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1335.

¹³ Art. 53b BVG; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1335.

¹⁴ Siehe dazu die Kommentierung von Art. 51 BVG, N 1 ff.

¹⁵ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 40, 113.

¹⁶ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 41.

¹⁷ Zivilgericht BS, 24. August 1979, E. 2b, SZS 1982, 149 f.

¹⁸ BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2115, N 86; RIEMER, Sparverträge, 236 (beide für die in der weitergehenden beruflichen Vorsorge bestehenden Vorsorgeverträge).

6. Änderung von reglementarischen Bestimmungen

a. Kompetenz zur Änderung reglementarischer Bestimmungen

Wie beim Erlass der reglementarischen Bestimmungen gilt auch für deren Änderung, dass ein allfälliges Mitsprache- oder Mitbestimmungsrecht des Stifters im Anwendungsbereich der paritätischen Verwaltung ausgeschlossen ist, d.h. allenfalls nur im Rahmen der paritätischen Verwaltung selber besteht.¹⁹ Sofern sich das zur Abänderung des Reglements zuständige Organ nicht aus Art. 51 BVG ergibt, sollte dieses in der Urkunde genannt werden.²⁰

b. Formvorschriften bei Änderung der reglementarischen Bestimmungen

Reglementsänderungen können vom obersten Führungsorgan der Vorsorgeeinrichtung vorgenommen werden. Allerdings ist dessen Abänderungskompetenz beschränkt, da die reglementarischen Bestimmungen sich an die Urkunde bzw. an die Statuten halten²¹ und zudem den Rahmen des Gesetzes respektieren müssen.²²

Geänderte Reglemente sind der Aufsichtsbehörde zur Kenntnis zu bringen.²³ Diese führt eine reine Rechtskontrolle durch und prüft, ob die geänderten Bestimmungen mit der Verfassung, dem Gesetz und der Urkunde übereinstimmen.²⁴ Ist eine reglementarische Bestimmung rechtswidrig, so hat die Aufsichtsbehörde sie aufzuheben bzw. die zuständigen Organe der Vorsorgeeinrichtung zu einer Korrektur zu verpflichten.²⁵ Es handelt sich aber lediglich um eine deklaratorische Prüfung, so dass das Reglement mit seinem Erlass in Kraft tritt.²⁶ Durch eine entsprechende Reglementsbestimmung kann der aufsichtsbehördlichen Reglementsprüfung allerdings konstitutive Wirkung zuerkannt werden.²⁷ Eine Ausnahme von der deklaratorischen Wirkung der Prüfung besteht in Art. 53b Abs. 2 BVG, welcher bei einer Teilliquidation eine konstitutive Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde verlangt.

¹⁹ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 40.

²⁰ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 41.

²¹ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 42.

²² Art. 49 Abs. 1 BVG.

²³ Art. 62 Abs. 1 Bst. a BVG.

²⁴ RRB ZH Nr. 2429 vom 22.6.1983, SZS 1984, 161; LANG, Prüfung, 58; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 42 f., 113.

²⁵ RRB ZH Nr. 2429 vom 22.6.1983, SZS 1984, 159 ff.

²⁶ LANG, Prüfung, 63.

²⁷ Obergericht Zürich, II. Zivilkammer, 3. April 1984, E. 5, SZS 1985, 205 = ZR 84 Nr. 46, 114 f.; LANG, Prüfung, 63.

- 18 Werden bei Reglementsänderungen die Formvorschriften verletzt, gilt weiterhin das ursprüngliche Reglement.²⁸

c. *Änderung von reglementarischen Bestimmungen bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen*

- 19 Bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen müssen die gesetzlichen Rechtsgrundlagen durch die entsprechenden politischen Organe geändert werden.²⁹

d. *Formvorschriften bei Änderung der Statuten und Stiftungsurkunde*

- 20 Für die Änderung der Statuten von Vorsorgeeinrichtungen, die als Genossenschaft organisiert sind, ist eine öffentliche Beurkundung notwendig.³⁰ Bei Urkunden der Personalvorsorgestiftung sind die Abänderungsvorschriften in Art. 85 und 86 ZGB i.V.m. Art. 62 Abs. 2 BVG zu beachten.

- 21 Die Änderung der Urkunde muss somit durch die Aufsichtsbehörde vorgenommen werden.

7. Grundsatz der Nichtrückwirkung

- 22 Änderungen der reglementarischen Bestimmungen treten mit ihrem Erlass oder nach Massgabe des von ihnen festgelegten Zeitpunkts in Kraft. Dabei gilt der Grundsatz der Nichtrückwirkung,³¹ d.h. es sind diejenigen Regelungen massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben.³² Bereits eingetretene Risikofälle sind von einer Reglementsänderung nicht betroffen und werden nach den alten Bestimmungen beurteilt.³³ Diese auf

²⁸ Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 13. Oktober 1992, E. 4, SZS 1994, 59 f.

²⁹ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 252.

³⁰ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1332.

³¹ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 43; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1344.

³² BGE vom 18. März 2008 (9C_579/2007) E. 4.4.2; BGE vom 24. Oktober 2006 (B72/2005) E. 4.1; BGE vom 23. November 2005 (2A.228/2005) E.2.3.

³³ Vgl. BGE 119 V 277 ff. betreffend eine Übergangsbestimmung, nach welcher der Witwer einer Versicherten, die vor dem Inkrafttreten einer Reglementsänderung am 1. Januar 1985 pensioniert wurde, aber nach diesem Datum gestorben ist, eine Rente nur unter den Voraussetzungen, die unter altem Recht für eine Rente erforderlich waren, geltend machen kann. Bei einer gestaffelten Pensionierung stellt jede Teilpensionierung einen neuen selbständigen

einmalige und abgeschlossene Ereignisse zugeschnittene intertemporalrechtliche Grundregel wird ergänzt durch den Grundsatz der zulässigen unechten Rückwirkung des neuen Rechts auf zeitlich offene Dauersachverhalte. Von unechter Rückwirkung wird gesprochen, wenn bei der Anwendung des neuen Rechts auf Verhältnisse abgestellt wird, die schon unter der Herrschaft des alten Rechts entstanden sind und beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch andauern. Hier findet das neue Recht lediglich für die Zeit seit Inkrafttreten, d.h. ex nunc et pro futuro, Anwendung. Eine solche unechte Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig, sofern ihr nicht wohlervorbene Rechte entgegenstehen.³⁴ Nur ausnahmsweise ist dagegen eine echte Rückwirkung zulässig. Eine solche liegt vor, wenn neues Recht auf Sachverhalte angewendet wird, die sich abschliessend vor Inkrafttreten des neuen Rechts verwirklicht haben.³⁵ Sie ist grundsätzlich unzulässig, sofern sie sich belastend auswirkt; gegen eine begünstigende Rückwirkung bestehen hingegen im Allgemeinen keine Bedenken.³⁶ Ein Abweichen von diesem Grundsatz ist nur ganz ausnahmsweise und unter strengen Voraussetzungen zulässig; dies ist dann der Fall, wenn die Rückwirkung ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt ist, wenn sie zeitlich mässig ist, wenn sie keine stossenden Rechtsungleichheiten bewirkt, wenn sie sich durch triftige Gründe rechtfertigen lässt und wenn sie nicht in wohlervorbene Rechte eingreift.³⁷ In Bezug auf Versicherte, die zum Zeitpunkt der Annahme des Reglements bereits aus der Vorsorgeeinrichtung ausgetreten sind, kommt eine Rückwirkung nur in Betracht, wenn die vorgenommenen Änderungen die Stellung des Begünstigten verbessern.³⁸

III. Erlassformen (Abs. 2)

Laut Art. 50 Abs. 2 BVG bestehen verschiedene Möglichkeiten, um das Recht der Vorsorgeeinrichtung zu positivieren. Die Bestimmungen können in der Gründungsurkunde, in den Statuten oder im Reglement oder bei einer Einrichtung des öffentlichen Rechts in den vom Bund, vom Kanton oder von der Gemeinde erlassenen Vorschriften enthalten sein.

Versicherungsfall dar, welcher einen nach den in diesem Zeitpunkt gegebenen Berechnungsgrundlagen festzusetzenden Altersrentenanspruch begründet (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 23. Dezember 1996, E. 2c, SZS 1997, 477 f.).

³⁴ BGE vom 18. März 2008 (9C_579/2007) E. 4.4.2; BGE vom 24. Oktober 2006 (B72/2005) E. 4.1; BGE 126 V 134, 135 E.4a.

³⁵ BGE 126 V 134, 135 E. 4a.

³⁶ BGE vom 23. November 2005 (2A.228/2005) E.2.3.

³⁷ BGE vom 23. November 2005 (2A.228/2005) E.2.3; siehe für eine unzulässige Rückwirkung auch BGE vom 19. September 2007 (B5/07) E.3.

³⁸ SVR 2001 BVG Nr. 5, E. 4b = BGE 126 V 165 f. E. 4b.

1. Stiftungsurkunde

- 24 Eine öffentlich beurkundete Stiftungsurkunde bildet ein formelles Erfordernis zur Gründung einer Personalvorsorgestiftung.³⁹ Bei Personalvorsorgestiftungen enthält die Urkunde in der Regel nur wenige Bestimmungen. Diese betreffen Namen, Sitz und Zweck sowie allenfalls Anfangsvermögen, die Grundzüge der Organisation und Vorgaben für eine allfällige Liquidation.⁴⁰

2. Statuten

- 25 Die Statuten stellen das Grundlegendokument einer privatrechtlichen Vorsorgeeinrichtung dar, die in Genossenschaftsform organisiert ist.⁴¹ Sie enthalten Angaben zu Organisation, Verwaltung, Finanzierung und Kontrolle, während die Leistungen und das Verhältnis zu den Arbeitgebern, zu den Versicherten und zu den Anspruchsberechtigten in den Statuten nur in den Grundzügen umschrieben werden und eine detaillierte Ausformulierung auf Reglementebene erfolgt.⁴² Gelegentlich werden auch Gründungsurkunden von privatrechtlichen Stiftungen oder die Grundordnungen öffentlich-rechtlicher Vorsorgeeinrichtungen als Statuten bezeichnet.

3. Reglement

- 26 Im Reglement werden die Einzelheiten betreffend die Personalvorsorgeeinrichtung geregelt.⁴³ Es enthält insbesondere Bestimmungen über die genaue Zwecksetzung, den Destinatärskreis, die Leistungen und Beiträge, Einzelheiten der Organisation sowie die Vertretung der Stiftung.⁴⁴ Inhaltlich darf das Reglement den übergeordneten Statuten und der Urkunde nicht widersprechen, vielmehr muss es diese mit ausführlicheren Regelungen konkretisieren.⁴⁵

³⁹ Art. 81 ZGB; eine Errichtung einer Personalvorsorgestiftung durch eine Verfügung von Todes wegen dürfte nur in Ausnahmefällen vorkommen; siehe dazu RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 35 ff.

⁴⁰ Vgl. LANG, Prüfung, 58; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 40.

⁴¹ Art. 832 OR; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1332.

⁴² STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1332.

⁴³ EGGER, Vorsorgereglement, 297; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 40.

⁴⁴ EGGER, Vorsorgereglement, 297 f.; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 40; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1332 f.

⁴⁵ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 42; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1332.

4. Bedeutung anderer Schriftstücke

Weichen die Angaben des Versicherungsausweises vom Reglement ab, geht das Reglement im Allgemeinen vor.⁴⁶ Das Reglement ist auch dann massgebend, wenn einem Versicherten ein Leistungsblatt abgegeben wird, auf dem höhere Invalidenleistungen genannt werden, wenn auf dem Leistungsblatt auf den rein informativen Charakter des Schreibens hingewiesen und das Reglement als massgebend bezeichnet wird. Eine Vertrauensgrundlage, die eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung gebieten kann, wird damit nicht geschaffen.⁴⁷

5. Erlassformen bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen

Gemäss Art. 50 Abs. 2 BVG sind die entsprechenden Bestimmungen bei einer Einrichtung des öffentlichen Rechts in den vom Bund, vom Kanton oder von der Gemeinde erlassenen Vorschriften enthalten. Allerdings wird dabei der Grundsatz der Beschlussfassung durch das paritätische Organ nach Art. 51 BVG, wie er für privatrechtliche Vorsorgeeinrichtungen gilt, eingeschränkt. Nach Art. 51 Abs. 5 BVG steht diesem vor Erlass einer Bestimmung der Vorsorgeeinrichtung lediglich ein Anhörungsrecht zu. Aus Art. 50 Abs. 2 BVG geht implizit hervor, dass für öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen die ordentliche verfassungsmässige Kompetenzordnung des betreffenden Gemeinwesens vorbehalten bleibt, insbesondere die Delegationsregeln, wenn eine Verordnung durch die Exekutive erlassen werden soll.⁴⁸

IV. Einzelabreden

Das Vorliegen eines Reglements schliesst nicht aus, dass in der weitergehenden beruflichen Vorsorge im Einzelfall auch vom Reglement abweichende Abreden getroffen werden können. Allerdings braucht es dazu eine entsprechende Vereinbarung zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem versicherten Arbeit-

⁴⁶ Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 16. Oktober 1991, SPV 1993, 50.

⁴⁷ Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 22.12.2003, B 57/00, E. 5.5.

⁴⁸ Urteil des Bundesgerichts 2P.111/1995, E. 5, ZBI 1997, 82 ff.; MEYER, Rechtsprechung zum BVG 1995–1999, SZS 2000, 313.

nehmer.⁴⁹ Eine bloss arbeitsvertragliche Abrede vermag diesem Erfordernis nicht zu genügen.⁵⁰

- 30 Die Einzelabreden müssen dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Destinatäre standhalten, d.h. sachlich gerechtfertigt sein.⁵¹
- 31 Steht die Bedeutung einer im Einzelfall getroffenen vorsorgevertraglichen Abrede in Frage, ist nach den gewöhnlichen Regeln der Vertragsauslegung zunächst der übereinstimmende wirkliche Parteiwille (Art. 18 Abs. 1 OR) zu ermitteln. Lässt sich ein solcher nicht feststellen, so sind die Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.⁵²
- 32 Aufgrund von Art. 62 Abs. 1 Bst. a BVG i.V.m. Art. 49 Abs. 2 BVG sollten auch Einzelabreden schriftlich niedergelegt werden. Die Schriftform i.S.v. Art. 13 OR muss aber auch hier nicht eingehalten werden.⁵³

V. Gutglaubensschutz (Abs. 3)

- 33 Die Bestimmungen im BVG gehen gemäss Art. 50 Abs. 3 Satz 1 BVG den reglementarischen Bestimmungen grundsätzlich vor.⁵⁴ Reglementarische Bestimmungen sind aber auch im Bereich des Obligatoriums nicht ausgeschlossen, sofern sie nicht von zwingenden Gesetzesbestimmungen abweichen.⁵⁵
- 34 Art. 50 Abs. 3 Satz 2 statuiert jedoch einen generellen Vorbehalt zugunsten des guten Glaubens der Vorsorgeeinrichtung. Ein solcher war im bundesrätlichen Entwurf noch nicht vorgesehen. Vielmehr hielt der bundesrätliche Gesetzesentwurf in Abs. 3 fest, dass rechtswidrige Bestimmungen des Reglements nichtig seien.⁵⁶ Diese Vorschrift sollte dem Schutz der gesetzlichen Ansprüche der Versicherten dienen.

⁴⁹ Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 6. September 2006 (B134/05), E. 2.1 mit weiteren Hinweisen; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 22. August 2003 (B101/02), E. 4.1; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 21. Januar 2003 (B104/01), E. 2.1; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 6. September 2009 (B134/05) E. 2.1.

⁵⁰ BGE 131 V 29, E. 2.1; 122 V 145, E. 4b mit weiteren Hinweisen.

⁵¹ Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 21. Januar 2003 (B104/01), E. 2.1; BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2115, N 85; RIEMER, Sparverträge, 237.

⁵² BGE 131 V 29, E. 2.2; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 21. Juli 2005 (C28/04) E. 4.1; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 1. Dezember 2005 (B36/05 und B37/05) E. 4.1; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 6. September 2006 (B134/05) E. 2.2.

⁵³ BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2115, N 86; RIEMER, Sparverträge, 237.

⁵⁴ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 45.

⁵⁵ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 4 N 11.

⁵⁶ BBl 1976 I 257, 302 f.

Das Parlament wollte dagegen eine Schutzbestimmung zugunsten der an der Durchführung beteiligten Vorsorgeeinrichtung erlassen. Da eine «rückwirkende» Anwendung des Gesetzes für die betroffenen Vorsorgeeinrichtungen sehr weitgehende Folgen haben könnte, sollten diese vor der Übernahme unvorhergesehener Risiken geschützt werden.⁵⁷

Die Gesetzesbestimmung bezweckt die Ausserkraftsetzung von zwingendem Recht zugunsten gesetzeswidriger Reglementsbestimmungen.⁵⁸ Da dies nicht zum Schutz der Versicherten, sondern ausschliesslich zugunsten der Vorsorgeeinrichtung erfolgt, sollte die Bestimmung restriktiv ausgelegt werden.⁵⁹ Der Anwendungsbereich von Art. 50 Abs. 3 BVG ist zudem auf den Obligatoriumsbereich beschränkt.⁶⁰

Bei der Ausrichtung von Dauerleistungen bedeutet das, dass die Vorsorgeeinrichtung so lange keine Leistungen zu erbringen hat, als sie gutgläubig auf die Rechtmässigkeit ihrer reglementarischen Bestimmungen, welche ihre Leistungspflicht ausschliessen, vertrauen durfte. Fällt jedoch der gute Glaube weg, d.h. werden die Organe der Vorsorgeeinrichtung gewahr, dass ihre reglementarischen Bestimmungen im Widerspruch zum Gesetz stehen, lebt die Leistungspflicht auf, und zwar ex nunc und pro futuro. Einer formellen Satzungsänderung bedarf es dafür nicht.⁶¹

Hält eine Vorsorgeeinrichtung in ihrem Reglement fest, dass sie die obligatorischen Leistungen gemäss BVG in jedem Fall ausrichtet, kann sie sich dieser Leistungspflicht nicht unter Berufung auf den guten Glauben in die Gesetzeskonformität einer leistungsausschliessenden Reglementsbestimmung entziehen, die sich als gesetzeswidrig erwiesen hat.⁶²

⁵⁷ Amtl. Bull. SR 1980, 294, Votum Kündig.

⁵⁸ BGE 120 V 331, E. 8d; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1339; STAUFFER, Rechtsprechung, Art. 50, 120 f.

⁵⁹ BGE 120 V 331, E. 8d; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1339; STAUFFER, Rechtsprechung, Art. 50, 121; VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Art. 50 BVG N 15.

⁶⁰ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1339; STAUFFER, Rechtsprechung, Art. 50, 120.

⁶¹ BGE 120 V 333 f., E. 9a.

⁶² BGE 120 V 338 ff., E. 5.

Art. 51

Paritätische
Verwaltung

¹ Arbeitnehmer und Arbeitgeber haben das Recht, in das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung die gleiche Zahl von Vertretern zu entsenden.

² Die Vorsorgeeinrichtung hat die ordnungsgemässe Durchführung der paritätischen Verwaltung zu gewährleisten. Es sind namentlich zu regeln:

- a. die Wahl der Vertreter der Versicherten;
- b. eine angemessene Vertretung der verschiedenen Arbeitnehmerkategorien;
- c. die paritätische Vermögensverwaltung;
- d. das Verfahren bei Stimmengleichheit.

³ Die Versicherten wählen ihre Vertreter unmittelbar oder durch Delegierte. Ist dies wegen der Struktur der Vorsorgeeinrichtung, namentlich bei Sammelstiftungen, nicht möglich, so kann die Aufsichtsbehörde andere Formen der Vertretung zulassen. Den Vorsitz des paritätischen Organs führt abwechselungsweise ein Arbeitnehmer- und ein Arbeitgebervertreter. Das paritätische Organ kann jedoch die Zuordnung des Vorsitzes anders regeln.

⁴ Ist das Verfahren bei Stimmengleichheit noch nicht geregelt, so entscheidet ein im gegenseitigen Einvernehmen bestimmter neutraler Schiedsrichter. Kommt keine Einigung über den Schiedsrichter zustande, so wird dieser von der Aufsichtsbehörde bezeichnet.

⁵ Erlässt nach Artikel 50 Absatz 2 der Bund, der Kanton oder die Gemeinde die Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtung, so ist das paritätisch besetzte Organ vorher anzuhören.

⁶ Die Vorsorgeeinrichtung hat die Erst- und Weiterbildung der Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter im obersten paritätischen Organ auf eine Weise zu gewährleisten, dass diese ihre Führungsaufgaben wahrnehmen können.

⁷ Die Vorsorgeeinrichtung kann vom Mitglied des obersten paritätischen Organs angehalten werden, eine angemessene Entschädigung für die Teilnahme an Sitzungen und Schulungskursen auszurichten.

Gestion paritaire

¹ Salariés et employeurs ont le droit de désigner le même nombre de représentants dans l'organe suprême de l'institution de prévoyance.

² L'institution de prévoyance doit garantir le bon fonctionnement de la gestion paritaire. A cet effet, il y a lieu notamment de régler:

- a. la désignation des représentants des assurés;
- b. la représentation des différentes catégories de salariés en veillant à ce qu'elle soit équitable;
- c. la gestion paritaire de la fortune;
- d. la procédure à suivre en cas d'égalité des voix.

³ Les assurés désignent leurs représentants directement ou par l'intermédiaire de délégués. Si tel ne peut être le cas en raison de la structure de l'institution de prévoyance, notamment dans les institutions collectives, l'autorité de surveillance peut admettre un autre mode de représentation. La présidence de l'organe paritaire est assurée à tour de rôle par un représentant des salariés et un représentant de l'employeur. L'organe paritaire peut toutefois prévoir un autre mode d'attribution de la présidence.

⁴ Si la procédure à suivre en cas d'égalité des voix n'est pas encore réglée, le différend sera tranché par un arbitre neutre, désigné d'un commun accord. A défaut d'entente sur la personne de l'arbitre, celui-ci sera désigné par l'autorité de surveillance.

⁵ Lorsque les dispositions d'une institution de prévoyance sont édictées par la Confédération, le canton ou la commune, conformément à l'art. 50, al. 2, l'organe paritaire sera consulté préalablement.

⁶ L'institution de prévoyance doit garantir la formation initiale et continue des représentants des salariés et de l'employeur dans l'organe paritaire suprême, de façon qu'ils puissent assumer pleinement leurs tâches de direction.

⁷ L'institution de prévoyance peut être tenue par le membre de son organe paritaire suprême de verser une indemnité équitable pour la participation à des séances et à des cours de formation.

Amministrazione
paritetica

¹ I lavoratori e i datori di lavoro hanno il diritto di designare lo stesso numero di rappresentanti nell'organo supremo dell'istituto di previdenza.

² L'istituto di previdenza deve garantire il buon funzionamento dell'amministrazione paritetica. Devono essere in particolare disciplinate:

- a. la designazione dei rappresentanti degli assicurati;
- b. l'adeguata rappresentanza delle diverse categorie di lavoratori;
- c. l'amministrazione paritetica del patrimonio;
- d. la procedura in caso di parità di voti.

³ Gli assicurati designano i loro rappresentanti direttamente o mediante delegati. Se la struttura dell'istituto di previdenza, in particolare in caso di fondazioni collettive, non lo consente, l'autorità di vigilanza può ammettere altre forme di rappresentanza. La presidenza dell'organo paritetico è assunta a turno da un rappresentante dei lavoratori e dei datori di lavoro. L'organo paritetico può tuttavia disciplinare diversamente l'attribuzione della presidenza.

⁴ Se la procedura applicabile in caso di parità di voti non è ancora disciplinata, la decisione spetta a un arbitro neutrale, designato di comune intesa. Mancando l'intesa, l'arbitro è designato dall'autorità di vigilanza.

⁵ Se le disposizioni dell'istituto di previdenza sono emanate dalla Confederazione, dal Cantone o dal Comune in conformità dell'articolo 50 capoverso 2, l'organo paritetico dev'essere previamente consultato.

⁶ L'istituto di previdenza deve garantire la formazione iniziale e permanente dei rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro nell'organo paritetico supremo, in modo tale che possano svolgere i loro compiti direttivi.

⁷ L'istituto di previdenza è tenuto a versare un'indennità adeguata per la partecipazione a sedute e corsi di formazione a un membro dell'organo paritetico supremo che gliene faccia richiesta.

Inhaltsverzeichnis	Note	Seite
I. Grundlagen	1	766
1. Entstehung	1	766
a. Neuumschreibung des der paritätischen Verwaltung unterliegenden Organs	3	766
b. Keine Verbeiständung der Mitglieder des paritätischen Organs	4	767
c. Besondere Formen der Vertretung bei Sammelstiftungen	5	767
d. Vorsitz	6	767
e. Ausbildung und Entschädigung der Mitglieder des paritätischen Organs	7	767
2. Historische Entwicklung der paritätischen Vertretung	8	768
3. Anwendungsbereich von Art. 51 BVG	10	768
4. Rechtsnatur von Art. 51 BVG	12	769
II. Die paritätische Zusammensetzung des obersten Organs (Abs. 1)	14	769
1. Abgrenzung Arbeitnehmervertreter–Arbeitgebervertreter	14	769
2. Mindest- und Höchstzahl von Vertretern	19	770
3. Berücksichtigung verschiedener Arbeitnehmerkategorien (Abs. 2 Bst. b)	20	771
4. Zulässigkeit der Vertretung der Arbeitnehmer durch externe Personen	22	771
5. Zulässigkeit der Vertretung der Arbeitgeber durch externe Personen	29	773
6. Zulässigkeit der Vertretung von Rentnern	32	774
7. Beizug neutraler Dritter	38	775
III. Wahl der Mitglieder des paritätischen Organs	40	776
1. Regelung der Wahl des obersten Organs (Abs. 2 Bst. a)	40	776
2. Aktivlegitimation	41	776
3. Wahlverfahren	42	777
4. Wahl durch Delegierte (Abs. 3 Satz 1)	45	777
5. Andere Formen der Vertretung (Abs. 3 Satz 2)	46	778
IV. Organisatorische Fragen	49	779
1. Organisation des obersten Führungsorgans	49	779
2. Vorsitz des paritätischen Organs (Abs. 3 Satz 3 und 4)	50	779
3. Delegation von Aufgaben an externe Personen (Outsourcing)	54	780
4. Delegation von Aufgaben an einzelne oder mehrere Mitglieder des Führungsorgans	58	781

V. Beschlüsse des paritätischen Organs	59	782
1. Beschlussfassung	59	782
2. Verfahren bei Stimmengleichheit (Abs. 2 Bst. d und Abs. 4)	62	783
3. Präsenzquoten	66	784
4. Qualifizierte Mehrheiten	67	784
VI. Paritätische Verwaltung von Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen	68	784
VII. Personalvorsorgegenossenschaften und Art. 51 BVG	75	787
VIII. Paritätische Verwaltung in öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen (Abs. 5)	77	787
IX. Aus- und Weiterbildung der Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter (Abs. 6)	79	788
X. Entschädigung im obersten Organ (Abs. 7)	80	789
XI. Rechtsweg	81	789
XII. Strukturreform	85	790
1. Aufgaben des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung (Art. 51a BVG neu)	86	791
2. Integrität und Loyalität der Verantwortlichen (Art. 51b BVG neu)	89	791
3. Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden (Art. 51c BVG neu)	91	792
4. Ausführungsbestimmungen	94	792
5. Stand der Arbeiten	98	793

Literaturverzeichnis

AUBERT MAURICE, Probleme im Zusammenhang mit der *paritätischen Verwaltung* der Vorsorgeeinrichtungen, Referat (hektografiert), gehalten an der Jahreskonferenz vom 20./21. September 1984 der Konferenz der kantonalen BVG-Aufsichtsbehörden; BERNHARD ROBERTO, Die Durchsetzbarkeit des *paritätischen Charakters* einer Vorsorgeeinrichtung, SPV 1990, 383–384; DÜRR DANIEL, Führungspflichten von Vorsorgewerken, SPV 04/2002, 301 ff.; EGGERMANN ANTON, Die *paritätische Verwaltung* im Rahmen des BVG, ABVS-Seminar 1985, Referate über die Einführung des BVG im Kanton Bern, 30–36; FOLLADOR DANILO, Wie gut ist die *paritätische Verwaltung*?, SPV 1998, 195–198; KASSER URSULA, Notwendigkeit und Wahl der Vorsorgekommission, SPV 07/2005, 29 ff.; KÜNG RUDOLF, Die *paritätische Verwaltung* bei Sammelstiftungen, SPV 1988, 57; MERKER MICHAEL, *Passives Wahlrecht* pensionierter Arbeitnehmer in die paritätische Kommission einer Pensionskasse, ZVinformation 9/1996, 18–19; PFITZMANN HANS J., Kontroll-, Aufsichts- und Registerfragen nach Erlass der BVV 2, Aktuelle Fragen zur Einführung des BVG, IST Nr. 13, Zürich 1985, 5–27; PORTMANN WOLFGANG, Art. 319–362 OR, in: H. Honsell/N. Vogt/W. Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, *Obligationenrecht* I, 4. Aufl., Basel/Bern/Zürich 2007; RIEMER HANS MICHAEL, Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes (Abt. III) vom 17. August 2007 i.S. Gewerkschaft X und Kons. C. BVG-Sammelstiftung der Rentenanstalt (C-2371/2006), SZS 2008, 386 ff.; SOMMA KARIN, Welche Lösungsansätze gibt die Rechtspflege zum Thema Parität, SPV 3/1998, 207 ff.; SPILLMANN TILL, *Institutionelle Investoren* im Recht der (echten) Publikumsgesellschaften, Diss. Zürich 2004; STAUFFER HANS-ULRICH, Erhebung von Unkostenbeiträgen beim Vorbezug von Vorsorgegeldern gemäss Art. 30a ff. BVG, *Bemerkungen* von Dr. Hans-Ulrich Stauffer, AJP 1999, 1316–1318; DERS., Berufliche Vorsorge. Paritätische Zusammensetzung des Stiftungsrates

einer Sammelstiftung. *Unzulässige Einsitznahme* von Vertretern der Stifterin. Mit Bemerkungen von Dr. Hans-Ulrich Stauffer, AJP 2008, 123–127; sowie zentrales Literaturverzeichnis.

I. Grundlagen

1. Entstehung

¹ Art. 51 BVG wurde – wie der grösste Teil des BVG – auf den 1. Januar 1985 in Kraft gesetzt.¹ Die paritätische Verwaltung musste indes von den Vorsorgeeinrichtungen erst per 31. Dezember 1986 eingeführt werden.²

² Die 1. BVG-Revision hat zu Änderungen und Ergänzungen von Art. 51 BVG geführt. Der bundesrätliche Entwurf wurde dabei vom Parlament in verschiedenen Punkten abgeändert. Die Änderungen traten per 1. April 2004 in Kraft.

a. Neuumschreibung des der paritätischen Verwaltung unterliegenden Organs

³ In der früheren Fassung von Abs. 1 hatten die Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Recht, in die Organe der Vorsorgeeinrichtung, die über den Erlass der reglementarischen Bestimmungen, die Finanzierung und die Vermögensverwaltung entscheiden, die gleiche Zahl von Vertretern zu entsenden. Diese Formulierung wurde im bundesrätlichen Entwurf übernommen.³ Auf Antrag seiner Kommission⁴ wurde diese Bestimmung im Nationalrat jedoch insofern geändert, als dass das der paritätischen Verwaltung unterliegende Organ nicht mehr nach Massgabe seiner Kompetenzen bestimmt wird, sondern nach Massgabe seiner hierarchischen Stellung. Den Arbeitnehmern und Arbeitgebern wurde neu ein Vertretungsrecht im obersten Organ eingeräumt.⁵

¹ Art. 1 Abs. 1 Verordnung über die Inkraftsetzung und Einführung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 29. Juni 1983 (AS 1983 827).

² aArt. 8 Abs. 1 BVV 1.

³ BBl 2000 2719.

⁴ Bericht der Subkommission BVG zuhanden der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK-N) über den Vorsorgeschutz für Teilzeitbeschäftigte und Personen mit kleinem Einkommen, über die Anpassung des Umwandlungssatzes und über die paritätische Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen, Sitzung vom 01.02.2003, 27 ff., 46; Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK-N) über den Vorsorgeschutz für Teilzeitbeschäftigte und Personen mit kleinem Einkommen, über die Anpassung des Umwandlungssatzes und über die paritätische Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen vom 21./22. Februar 2000, 27 ff., 43, 48.

⁵ Amtl. Bull. NR 2002, 551.

b. Keine Verbeiständung der Mitglieder des paritätischen Organs

Der bundesrätliche Entwurf sah zudem in Abs. 1 die Möglichkeit vor, dass die Mitglieder des paritätischen Organs sich durch unabhängige Drittpersonen, die über genügend Fachkenntnisse verfügen, hätten verbeiständigen lassen können. In der nationalrätlichen Fassung von Abs. 1 war diese Massnahme nicht mehr enthalten,⁶ da sie von der zuständigen Kommission als nicht zweckmässig erachtet wurde, um die Position der Arbeitnehmer zu stärken.⁷

c. Besondere Formen der Vertretung bei Sammelstiftungen

In Abs. 3 Satz 2 wurden im Nationalrat neu die Sammelstiftungen als konkreter Anwendungsfall erwähnt, bei welchem die Aufsichtsbehörde andere Formen der Vertretung zulassen kann als eine unmittelbare Wahl oder eine Wahl durch Delegierte.⁸

d. Vorsitz

Auf Vorschlag des Bundesrats wurden in Absatz 3 auch die Sätze 3 und 4 aufgenommen, welche eine Regelung betreffend den Vorsitz enthalten.⁹ Gemäss Satz 3 führt abwechselungsweise ein Arbeitnehmer- und ein Arbeitgebervertreter den Vorsitz des paritätischen Organs. Satz 4 erlaubt dem paritätischen Organ jedoch, die Zuordnung des Vorsitzes anders zu regeln.

e. Ausbildung und Entschädigung der Mitglieder des paritätischen Organs

Ebenfalls neu in Art. 51 BVG aufgenommen wurden Abs. 6 über die Erst- und Weiterbildung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern sowie Abs. 7, der eine Regelung über Sitzungsgelder und Entschädigungen für Ausbildungen

⁶ Amtl. Bull. NR 2002, 551.

⁷ Bericht der Subkommission BVG zuhanden der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK-N) über den Vorsorgeschutz für Teilzeitbeschäftigte und Personen mit kleinem Einkommen, über die Anpassung des Umwandlungssatzes und über die paritätische Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen, Sitzung vom 01.02.2003, 35; Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK-N) über den Vorsorgeschutz für Teilzeitbeschäftigte und Personen mit kleinem Einkommen, über die Anpassung des Umwandlungssatzes und über die paritätische Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen vom 21./22. Februar 2000, 35.

⁸ Amtl. Bull. NR 2002, 551.

⁹ BBl 2000 2719.

enthält. Diese beiden Absätze wurden erst auf Antrag der zuständigen Kommission im Nationalrat in das Gesetz aufgenommen.¹⁰

2. Historische Entwicklung der paritätischen Vertretung

- 8 Bereits das Fabrikgesetz von 1914 sah beschränkte Mitverwaltungsrechte der Arbeitnehmer in Fabriken bei den Vorsorgeeinrichtungen vor.¹¹ Mit dem 1958 ins ZGB eingefügten Art. 89^{bis} wurde das Stiftungsrecht ergänzt, indem für die Personalwohlfahrtsstiftungen Sondervorschriften zum Schutz der Stellung der Destinatäre aufgestellt wurden.¹² Neben anderen Rechten wurde auch ein Recht der Arbeitnehmenden auf Mitbeteiligung an der Verwaltung von Stiftungen, an welche sie Beiträge entrichteten, eingeführt. Damit sollten alle Arbeitnehmer an der Verwaltung von Fürsorgefonds, die für sie bestimmt sind und von ihnen Beiträge erhalten, wenigstens nach Massgabe ihrer Beiträge beteiligt werden.¹³
- 9 Mit der Einführung des BVG wurden die Arbeitnehmenden zu absolut gleichberechtigten Partnern der Arbeitgebenden bei der Führung der Pensionskasse, indem eine beitragsunabhängige und volle paritätische, d.h. effektiv gleichberechtigte Mitbestimmung der Arbeitnehmer verwirklicht wurde.¹⁴

3. Anwendungsbereich von Art. 51 BVG

- 10 Paritätisch zu verwalten sind die gemäss Art. 48 BVG im Register für die berufliche Vorsorge eingetragenen Vorsorgeeinrichtungen, unabhängig davon, ob sie nur die gesetzlichen Mindestleistungen oder darüber hinausgehende Leistungen erbringen.¹⁵ Im Ergebnis hat der Grundsatz der vollen und beitragsunabhängigen Mitbestimmung aber nur bei den registrierten Personalvorsorgestiftungen und -genossenschaften Bedeutung, da die Bedeutung des paritätisch besetzten Organs einer registrierten Personalvorsorgeeinrichtung des öffentlichen Rechts gemäss Art. 51 Abs. 5 BVG sehr eingeschränkt ist.¹⁶
- 11 Nicht unter Art. 51 BVG fallen die nicht registrierten Personalvorsorgestiftungen und -genossenschaften. Auf sie finden nach wie vor Art. 89^{bis} ZGB und Art. 885 OR Anwendung.

¹⁰ Amtl.Bull. NR 2002, 551.

¹¹ BBl 1956 II 828, 832, 840.

¹² BBl 1956 II 833 f., 839; StenBull BVers 1958, NR 67.

¹³ BBl 1956 II 828.

¹⁴ BBl 1976 I 203; RIEMER, Paritätische Verwaltung, 16 f.; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 54; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1376.

¹⁵ Art. 49 Abs. 2 Ziff. 7 BVG.

¹⁶ Mitteilungen der Konferenz der kantonalen BVG-Aufsichtsbehörden, Ziff. 2, SZS 1985, 226.

4. Rechtsnatur von Art. 51 BVG

Die volle Parität gemäss Art. 51 BVG wurde zur Stärkung der Beteiligung der Arbeitnehmenden eingeführt. Sie bezweckt somit den Schutz der Arbeitnehmenden und wird als Minimalvorschrift zugunsten der Arbeitnehmervertretung verstanden. Eine Abweichung von der Parität zu Lasten der Arbeitnehmenden ist daher nicht zulässig. Art. 51 BVG hat somit relativ-zwingenden Charakter.¹⁷

Demgegenüber befindet sich der Arbeitgeber im Allgemeinen gegenüber der Vorsorgeeinrichtung in einer viel stärkeren Position und benötigt keinen speziellen Schutz. Es spricht deswegen nichts dagegen, wenn der Arbeitgeber auf seine Vertretungsrechte ganz oder teilweise verzichten will. Ein solcher Verzicht ist jedoch jederzeit widerrufbar.¹⁸

II. Die paritätische Zusammensetzung des obersten Organs (Abs. 1)

1. Abgrenzung Arbeitnehmervertreter–Arbeitgebervertreter

Nach Abs. 1 von Art. 51 BVG haben Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Recht, in das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung die gleiche Zahl von Vertretern zu entsenden. Es fehlt im Gesetz jedoch eine Definition, wer genau als Arbeitnehmer oder Arbeitgeber zu gelten hat. Unbestritten ist, dass Arbeitnehmer nicht im Sinn von Art. 319 ff. OR oder Art. 2 Abs. 1 BVG zu verstehen ist.¹⁹

Die Mehrheit der Lehre und das BSV schlagen vor, das im Haftpflichtrecht entwickelte Kriterium der Unterscheidung zwischen Organ i.S.v. Art. 55 Abs. 2 ZGB und Hilfsperson i.S.v. Art. 55 OR heranzuziehen. Danach sind Personen, die

¹⁷ BGer-Urteil vom 19. Oktober 2006 E. 3.2.1 (B 117/2005); BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 48/1999, Rz. 280, Nr. 3.1; Mitteilungen der Konferenz der kantonalen BVG-Aufsichtsbehörden, Ziff. 11, SZS 1985, 228; Mitteilungen der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden, Ziff. 3.1, SZS 1998, 120; BRÜHWILER, Personalvorsorge, 352; HELBLING, Gesamtdarstellung, 133; KASSER, Vorsorgekommission, 31; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 69; PFITZMANN, Registerfragen, 12; STAUFFER, Unzulässige Einsitznahme, 126; VETTER-SCHREIBER, Art. 51 BVG, 343 f.

¹⁸ Amtl.Bull. SR 1980, 295; AUBERT, paritätische Verwaltung, 6 f.; BRÜHWILER, Personalvorsorge, 352; EGGERMANN, paritätische Verwaltung, 35; KASSER, Vorsorgekommission, 31; PFITZMANN, Registerfragen, 12; RIEMER, paritätische Verwaltung, 26; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 69; STAUFFER, paritätische Verwaltung, 191.

¹⁹ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 48/1999, Rz. 280, Nr. 3.6; Mitteilungen der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden, Ziff. 3.6, SZS 1998, 322; a.M. offenbar DÜRR, Führungspflichten, 302.

die Willensbildung einer juristischen Person bzw. eines Unternehmens wesentlich zu beeinflussen vermögen, nicht als Arbeitnehmervertreter wählbar.²⁰

- 16 Nach einer anderen Meinung sollen alle Personen, denen die Versicherten ihr Vertrauen aussprechen, Arbeitnehmervertreter sein können, es sei denn, sie müssten ganz klar zur Arbeitgeberseite gezählt werden. Danach könnte auch ein Vize-direktor als Arbeitnehmervertreter in den Stiftungsrat gewählt werden.²¹
- 17 Fest steht, dass nicht auf formale Kriterien wie das Bestehen eines Arbeitsvertrags, die Funktionsbezeichnung oder darauf abgestellt werden darf, ob eine Person an der Firma beteiligt ist, da sich allein aufgrund dieser Merkmale die Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeberzugehörigkeit nicht eindeutig bestimmen lässt.
- 18 Das beschriebene Unterscheidungskriterium des Einflusses auf die Willensbildung im Unternehmen dürfte in den meisten Fällen für hinreichende Klarheit sorgen. Angesichts der oft mangelnden Sensibilisierung der Arbeitnehmer für die Möglichkeiten der paritätischen Mitbestimmung erscheint dagegen das Abgrenzungskriterium der Wahl durch die Arbeitnehmer als möglicher Ausgangspunkt für die Ausübung der paritätischen Mitbestimmung.

2. Mindest- und Höchstzahl von Vertretern

- 19 Das Gesetz schreibt keine Mindestanzahl von Mitgliedern im paritätischen Organ vor. In einer Weisung des Bundesrats über die Voraussetzungen für die Gründung von Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen wird jedoch verlangt, dass die Vorsorgeeinrichtung den Nachweis, dass das Erfordernis der Parität erfüllt wird, erbringt. Danach genügt es nicht, wenn das oberste paritätische Organ lediglich zwei Mitglieder aufweist.²² Betreffend die Höchstzahl von Vertretern besteht ebenso keine gesetzliche Regelung. Die Obergrenze dürfte unseres Erachtens durch die Funktionsfähigkeit des Organs beschränkt sein.

²⁰ Mitteilungen der Konferenz der kantonalen BVG-Aufsichtsbehörden, Ziff. 5, SZS 1985, 227; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 48/1999, Rz. 280, Nr. 3.6; Arbeitsgruppe Aufsicht in der beruflichen Vorsorge, Berufliche Vorsorge, Paritätische Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung, SZS 1998, 322; LOCHER, Grundriss, 174; SOMMA, Lösungsansätze, 209; RIEMER, paritätische Verwaltung, 21; STAUFFER, paritätische Verwaltung, 189; VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Art. 51 BVG N 3; *dies.*, Art. 51 BVG, 341; unrichtig RRB ZH Nr. 3201 vom 26.8.1981, SZS 1984, 221 zu Art. 89^{bis} ZGB unter Berufung auf BK-RIEMER Art. 89^{bis} ZGB N 11, wonach bei Kleinbetrieben Minderheitsaktionen als Arbeitnehmervertreter in Frage kommen, auch wenn sie selbständige Funktion ausüben und die Geschäftsführung mitbestimmen. Vgl. die Kritik zu diesem Entscheid bei RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 60 und BRÜHWILER, Personalvorsorge, 358 f. Fn. 52.

²¹ EGGERMANN, paritätische Verwaltung, 35; PFITZMANN, Registerfragen, 12.

²² Ziff. 51 Weisungen über die Voraussetzungen für die Gründung von Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen vom 10. Juni 2005, Ziff. 51, BBl 2005 4237.

3. Berücksichtigung verschiedener Arbeitnehmerkategorien (Abs. 2 Bst. b)

In Abs. 2 Bst. b wird eine angemessene Vertretung der verschiedenen Arbeitnehmerkategorien verlangt. Eine Berücksichtigung von verschiedenen Arbeitnehmerkategorien drängt sich auf in Unternehmen mit verschiedenen Betriebsstätten oder mit Personalgruppen, die völlig unterschiedliche Aufgaben ausüben. Bestehen keine Unterschiede zwischen den Personalgruppen, die über das in allen Betrieben übliche Mass an Differenzierung zwischen den verschiedenen Funktionen und der hierarchischen Strukturierung hinausgehen, müssen keine gesonderten Kategorien gebildet werden.

Lassen sich dagegen unterschiedliche Personalkategorien klar unterscheiden, so muss das Wahlverfahren so ausgestaltet werden, dass die verschiedenen Kategorien Wahlkreise mit einem entsprechend beschränkten Kreis von Aktiv- und Passivwahlberechtigten bilden und so ihre Vertretung wählen.²³ Eine andere Möglichkeit besteht darin, dass gemeinsam gewählt wird, aber eine Vertretung der entsprechenden Kategorie unabhängig vom Wahlausgang im Führungsorgan Einsitz nimmt.²⁴ Wenn nicht alle Arbeitnehmer alle Arbeitnehmervertreter wählen, sondern ihre Aktiv- und Passivwahlberechtigung auf Gruppen eingeschränkt wird, ist durch reglementarische Vorschriften darauf zu achten, dass nicht Kategorien von Arbeitnehmervertretern geschaffen werden, denen diese Eigenschaft nach den vorne beschriebenen Kriterien gar nicht zukommt oder die alle der gleichen Kategorie angehören.²⁵ Die konkrete Ausgestaltung des Wahlverfahrens wird vorwiegend dem paritätischen Organ überlassen, die Aufsichtsbehörden respektieren dessen Willen weitgehend.²⁶

4. Zulässigkeit der Vertretung der Arbeitnehmer durch externe Personen

Im Zusammenhang mit der Regelung des Wahlverfahrens der paritätischen Verwaltung stellt sich die Frage, ob sich die Arbeitnehmenden durch externe Personen vertreten lassen dürfen. Zu denken ist beispielsweise an eine Vertretung durch Gewerkschaften. Der bundesrätliche Entwurf zu Art. 89^{bis} ZGB sah vor, dass die Vertreter aus dem Personal zu wählen sind,²⁷ d.h. das passive Wahlrecht war auf das Personal des betreffenden Arbeitgebers beschränkt. Im Lauf des

²³ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1385.

²⁴ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1385.

²⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. August 2007 (C-2371/2006) E. 2.4.4; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 60; STAUFFER, Unzulässige Einsitznahme, 126.

²⁶ Mitteilungen der Konferenz der kantonalen BVG-Aufsichtsbehörden, Ziff. 7, in SZS 1985, 227.

²⁷ BBl 1956 II 844.

Verfahrens in den eidgenössischen Räten wurde dieser Passus durch die Formulierung so weit als möglich ersetzt.²⁸ Danach waren vor Einführung des BVG Nichtbetriebsangehörige in Sonderfällen zugelassen.²⁹

- 23 Zur Rechtslage nach Art. 89^{bis} Abs. 3 ZGB hat das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) in einem Entscheid festgehalten, dass die Wahl von betriebsfremden Personen nur dann zulässig sei, wenn es den Arbeitnehmenden wegen ihrer geringen Zahl und Vereinzelung oder wegen ihrer Unfähigkeit, sich durch eine Person aus ihrer Mitte vertreten zu lassen, unmöglich ist, eine Wahl aus ihrem Kreis zu treffen.³⁰ Die Regelung von Art. 89^{bis} ZGB hat seit Einführung des BVG jedoch nur untergeordnete Bedeutung, da sie nur noch für die nicht registrierten Kassen anwendbar ist. Art. 51 BVG lässt die Frage der Arbeitnehmervertretung in diesem Punkt offen. In der Botschaft findet sich lediglich der Hinweis auf die Regelung von Art. 89^{bis} ZGB und darauf, dass der Entwurf diese Frage offenlasse.³¹
- 24 In der Literatur werden zu dieser Frage verschiedene Ansichten vertreten. Einerseits wird aus der fehlenden gesetzlichen Regelung der Schluss gezogen, der Gesetzgeber habe es den einzelnen Vorsorgeeinrichtungen überlassen, diese Frage reglementarisch festzulegen. Es wird auf Art. 49 Abs. 1 BVG verwiesen, welcher vorsieht, dass Vorsorgeeinrichtungen im Rahmen des Gesetzes in ihrer Organisation frei sind. Daraus ergibt sich, dass es der Organisationsautonomie der Vorsorgeeinrichtung überlassen wird, ob und welche Aussenstehenden sie als Vertreter der Arbeitnehmenden zulassen oder ausschliessen will.³² Diese Ansicht wird auch in einem Entscheid der Eidgenössischen Beschwerdekommission BVG vertreten, in welchem die Wahl von externen Vertretern als unzulässig beurteilt wurde, weil statutarisch die Wählbarkeit der Versichertenvertreter auf den Kreis derjenigen Personen beschränkt worden war, welche mittels Arbeitsvertrag mit der Stifterin verbunden sind.³³
- 25 Dem steht die Auffassung gegenüber, dass der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet hat, in diesem Punkt eine neue Spezialregelung aufzustellen und deshalb die bisherige allgemeine Regelung von Art. 89^{bis} Abs. 3 ZGB weiterhin Geltung hat.³⁴ Danach ist paritätische Verwaltung als eine Form der Mitbestimmung der

²⁸ StenBull BVers 1957, NR, 81 ff.

²⁹ RIEMER, paritätische Verwaltung, 22.

³⁰ Verfügung des EDI vom 14.9.67, Gesetz und Recht (Organ der gewerkschaftlichen Rechtsauskunftsstellen), Heft 5, 1967, 29 ff.

³¹ BBl 1976 I 203.

³² BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2007; KASSER, Vorsorgekommission, 31; LOCHER, Grundriss, 174; RIEMER, paritätische Verwaltung, 22 f.; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 62; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1386.

³³ Urteil der Eidgenössischen Beschwerdekommission BVG vom 6.5.1996, SVR 11/1996 Nr. 58, 167 f.

³⁴ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 364 mit Verweis auf AUBERT, paritätische Verwaltung, 5; PFITZMANN, Registerfragen, 12.

Arbeitnehmerseite Sache der in der Unternehmung beschäftigten Arbeitnehmenden, welche dafür auch die Verantwortung tragen. Nach dieser Meinung erfordert es der Mitwirkungscharakter, dass die Mitwirkung auch wirklich durch die Arbeitnehmenden selber wahrgenommen wird und nur in Ausnahmefällen, wenn triftige sachliche Gründe dies erfordern, auf aussenstehende Dritte übertragen wird.³⁵ Dies kann der Fall sein bei besonderen Verhältnissen, bei denen die Arbeitnehmenden Mühe haben, einen geeigneten Vertreter zu finden, oder wenn aus der Arbeitnehmerschaft nicht genügend Leute als Arbeitnehmervertreter gefunden werden können.³⁶

Nach einer anderen Meinung können alle Personen, denen die Versicherten ihr Vertrauen aussprechen, Arbeitnehmervertreter sein, sofern sie nicht ganz klar zur Arbeitgeberseite gezählt werden müssen.³⁷ 26

Unterschiedlich beurteilt wird auch die Frage, ob die Zulässigkeit der externen Einsitznahme statutarisch oder reglementarisch vorgesehen sein muss. Nach einem Teil der Lehre ist das nicht erforderlich. Danach können die Arbeitnehmenden gestützt auf den Wortlaut von Art. 51 BVG bestimmen, ob sie externe Personen als Vertreter in das paritätische Organ wählen möchten.³⁸ Diese Ansicht ist abzulehnen. In Übereinstimmung mit der Praxis des BSV und der herrschenden Lehre erfordert die Zulässigkeit externer Personen im paritätischen Organ unseres Erachtens eine reglementarische oder statutarische Regelung.³⁹ 27

Auch externe Vertreter sind grundsätzlich durch Wahlen zu bestimmen.⁴⁰ 28

5. Zulässigkeit der Vertretung der Arbeitgeber durch externe Personen

Ob der Arbeitgeber als Vertreter auch externe Personen wie Rechtsanwälte oder Experten beiziehen darf, ist ebenfalls nicht gesetzlich geregelt. Die Lehre geht davon aus, dass es dem Arbeitgeber freisteht, der bisherigen Praxis entspre-

³⁵ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 358; BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2007, Fn. 24.

³⁶ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 366 mit Verweis auf PFITZMANN, Registerfragen, 12.

³⁷ EGGERMANN, paritätische Verwaltung, 35; PFITZMANN, Registerfragen, 12, welcher dann aber inkonsequenterweise die Zulässigkeit von Gewerkschaftsvertretern als Arbeitnehmervertreter verneint.

³⁸ MERKER, Passives Wahlrecht, 18 f.

³⁹ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 48/1999, Rz. 280, Nr. 3.7; Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 77/2004, Rz. 457, Nr. C.3; Mitteilungen der Konferenz der kantonalen BVG-Aufsichtsbehörden, Ziff. 6, SZS 1985, 227; Mitteilungen der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden, Ziff. 3.7, SZS 1998, 322; BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2007; HELBLING, Gesamtdarstellung, 133; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1386; VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Art. 51 BVG N. 5.

⁴⁰ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 77/2004, Rz. 457 Nr. C.3.

chend, auch externen Personen ein Stellvertretungsrecht in der Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung einzuräumen.⁴¹

30 Falls sich die Arbeitgeber extern vertreten lassen dürfen, muss dieses Recht auch zwingend den Arbeitnehmern zustehen.⁴²

31 Arbeitnehmer und Arbeitgeber müssen zudem jederzeit das Recht haben, auf die externe Vertretung zu verzichten und ihre Rechte selber wahrzunehmen.⁴³

6. Zulässigkeit der Vertretung von Rentnern

32 Ein wesentlicher Teil des verwalteten Vermögens dient der Erbringung der Rentenzahlungen. Zudem sind für die Rentner diverse Entscheide des obersten Führungsorgans der Vorsorgeeinrichtung von grossem Interesse. Auch wenn sie im paritätischen Organ keinen Vertreter haben, werden sie durch Beschlüsse dieses Organs berührt.⁴⁴

33 Ein gesetzlicher Anspruch auf Vertretung der Rentner im obersten Organ besteht indes nicht. Abs. 1 von Art. 51 BVG spricht von Arbeitnehmern und Arbeitgebern, während in den Absätzen 2 und 3 dieses Artikels der Begriff der Versicherten als Summe von versicherten Arbeitnehmern und Rentnern verwendet wird.⁴⁵ Auch aus Abs. 3 Satz 1, wonach die Versicherten ihre Vertreter unmittelbar oder durch Delegierte wählen, lässt sich kein Vertretungsrecht der Rentenbezüger ableiten, weil Abs. 1 von Art. 51 BVG den Grundsatz der *Arbeitnehmer-Mitbestimmung* aufstellt und die nachfolgenden Absätze lediglich als Ausführungsvorschriften zu diesem Grundsatz zu verstehen sind. Mit Versicherte in Absatz 3 sind somit die *versicherten Arbeitnehmer* gemeint.⁴⁶

⁴¹ AUBERT, paritätische Verwaltung, 7; BRÜHWILER, Personalvorsorge, 355; EGGERMANN, paritätische Verwaltung, 36; PFITZMANN, Registerfragen, 12.

⁴² BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 48/1999, Nr. 3.7; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 77/2004, Rz. 457 Nr. C.3; Mitteilungen der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden, Ziff. 3.7, SZS 1998, 322; a.M. BRÜHWILER, Personalvorsorge, 355, 366, der die Vertretung des Arbeitgebers durch Dritte bejaht, die externe Vertretung der Arbeitnehmer aber grundsätzlich ablehnt.

⁴³ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 48/1999, Nr. 3.7; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 77/2004, Rz. 457 Nr. C.3.

⁴⁴ BGE 127 V 377, 388 E. 5d betreffend Zustimmung zur Auflösung eines Anschlussvertrags; dazu nun ausdrücklich Art. 53e Abs. 4–7 BVG; STAUFFER, Unzulässige Einsitznahme, 126 f.

⁴⁵ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1378; *ders.*, Unzulässige Einsitznahme, 127.

⁴⁶ Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK-N) über den Vorsorgeschutz für Teilzeitbeschäftigte und Personen mit kleinen Einkommen, über die Anpassung des Umwandlungssatzes und über die paritätische Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen vom 21./22. Februar 2002, 29; BRÜHWILER, Personalvorsorge, 359; a.M. PFEIFFER, Mitbestimmungsrecht, 539 f.

Die h.L. befürwortet hingegen, dass Rentner Einsitz in den Stiftungsrat nehmen können, wenn dies statutarisch oder reglementarisch vorgesehen ist.⁴⁷ 34

Auch im Rahmen von Art. 89^{bis} ZGB besteht nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung kein Mitspracherecht der Rentner, ein solches kann ihnen aber freiwillig eingeräumt werden.⁴⁸ 35

Zu beachten ist, dass die Interessen der Rentner den Arbeitnehmerinteressen entgegenstehen können. Eine allfällige Rentnervertretung sollte deshalb nicht zu Lasten der Arbeitnehmer erfolgen, weil sonst die zwingend vorgeschriebene Parität als Schutzbestimmung für die Arbeitnehmer verletzt würde.⁴⁹ 36

Im Vernehmlassungsverfahren zu den Vorschlägen des Bundesrats zur 1. BVG-Revision stellte der Schweizerische Senioren- und Rentnerverband den Antrag, dass Rentner von Rechts wegen im paritätischen Organ der Vorsorgeeinrichtung vertreten sein sollten. Der Bundesrat erachtete jedoch in seiner Botschaft die Einführung einer Sonderbestimmung, welche die Vertretung dieser Personengruppe zwingend vorsieht, als nicht sinnvoll.⁵⁰ 37

7. Beizug neutraler Dritter

Nicht in Art. 51 BVG geregelt ist der Beizug von Mitgliedern, welche weder der Arbeitgeber- noch der Arbeitnehmerseite zuzuordnen sind, wie dies beispielsweise bei einem Vertreter der Bank oder Versicherungsgesellschaft als Stifterin der Fall ist. Da Art. 51 BVG den Beizug solcher neutraler Drittpersonen auch nicht ausschliesst, wird daraus von einem Teil der Lehre der Schluss gezogen, dass es unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist, wenn eine Vorsorge-

⁴⁷ Mitteilungen der Konferenz der kantonalen BV- und Stiftungsaufsichtsbehörden, Ziff. 3.5, SZS 1998, 321; AUBERT, paritätische Verwaltung, 5; BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2007; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 62; SOMMA, Rentner, 945; STAUFFER, paritätische Verwaltung, 193; VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Art. 51 BVG N. 5; siehe dazu auch den im Organ des Zentralverbandes Staats- und Gemeindepersonal Schweiz publizierten Fall, wo gegen die Wahl eines pensionierten Beamten in die paritätische Kommission der Pensionskasse der Munizipalgemeinde Frauenfeld opponiert wurde. Dabei ergab sich aufgrund der Auslegung des Pensionskassenreglements, welches vorsah, dass die Arbeitnehmervertreter von den «Arbeitnehmern aus ihrer Mitte gewählt» werden, dass es sich beim Vertreter um eine Person handeln muss, welche dieselben Qualitäten aufweist wie diejenigen, die ihn wählen, was zur Folge hat, dass nur aktives Personal in die paritätische Kommission der Pensionskasse Einsitz nehmen darf und eine Revision des Pensionskassenreglements notwendig wäre, um auch Pensionierte als Arbeitnehmervertreter zuzulassen (ZVinformation 9/1996, 18 ff.).

⁴⁸ RRB ZH Nr. 4373 vom 16.11.1983, SZS 1984, 150.

⁴⁹ BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2007; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1378; *ders.*, Unzulässige Einsitznahme, 127; VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, Art. 51 BVG, N. 5.

⁵⁰ BBl 2000 2654 f.

einrichtung durch Urkunde oder Reglement solche neutralen Mitglieder vorsieht. Bedingung für einen solchen Beizug ist jedoch, dass dies nicht zu einer zahlenmässigen Untervertretung der Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerseite führt und dass nicht in grösserer Zahl Sitze an Dritte vergeben werden bzw. nur zu Lasten des Arbeitgebers, weil sonst die Mitbestimmung durch die Arbeitnehmer nicht mehr garantiert ist.⁵¹

- 39 Unseres Erachtens ist diese Auffassung abzulehnen. Das Prinzip der paritätischen Verwaltung, welches den verschiedenen Gruppen von *Betroffenen* – d.h. den Arbeitnehmenden und Arbeitgebern – eine zahlenmässig gleiche Beteiligung an der Verwaltung einräumt,⁵² lässt es nicht zu, dass daneben eine dritte Gruppe im obersten Organ vertreten ist und dabei andere Interessen als diejenigen der Arbeitnehmenden bzw. Arbeitgeber verfolgt.⁵³ «Neutrale Dritte» sind in der Regel nicht neutral, sondern verfolgen ihre eigenen Interessen. Mit der Einsitznahme solcher neutraler Vertreter wäre tendenziell eine Schwächung der Arbeitnehmerseite verbunden, da Vertreter einer Bank oder Versicherungsgesellschaft tendenziell eher die gleichen Interessen wie die Arbeitgebervertreter verfolgen.⁵⁴

III. Wahl der Mitglieder des paritätischen Organs

1. Regelung der Wahl des obersten Organs (Abs. 2 Bst. a)

- 40 Die paritätische Besetzung des obersten Organs erfolgt durch Wahlen. Art. 51 Abs. 2 Bst. a BVG schreibt der Vorsorgeeinrichtung vor, die Wahl der Versichertenvertreter zu regeln.

2. Aktivlegitimation

- 41 Aktivlegitimiert sind alle Arbeitnehmenden, die der betreffenden Vorsorgeeinrichtung angeschlossen sind.⁵⁵ Teilzeitbeschäftigten steht das Wahlrecht nur dann zu, wenn sie gegenüber der Vorsorgeeinrichtung beitragspflichtig sind.⁵⁶ Pensionierte sind nur dann von Gesetzes wegen aktivlegitimiert, wenn sie vom

⁵¹ AUBERT, paritätische Verwaltung, 7; BRÜHWILER, Personalvorsorge, 367.

⁵² BRÜHWILER, Personalvorsorge, 346.

⁵³ VETTER-SCHREIBER, Art. 51 BVG, 348. Bei der Vertretung der Rentner, die nach unserer Ansicht zulässig ist, sofern sie nicht zu Lasten der Arbeitnehmervertretung geht, handelt es sich dagegen ebenfalls um Betroffene.

⁵⁴ VETTER-SCHREIBER, Art. 51 BVG, 349.

⁵⁵ RIEMER, paritätische Verwaltung, 21.

⁵⁶ RIEMER, paritätische Verwaltung, Fn. 11a.

Arbeitgeber weiterbeschäftigt werden und gegenüber der Vorsorgeeinrichtung beitragspflichtig sind.⁵⁷

3. Wahlverfahren

Die Wahl kann auf verschiedene Weise geregelt sein, die Vorsorgeeinrichtungen sind im Rahmen der gesetzlichen Schranken⁵⁸ diesbezüglich frei.⁵⁹

Arbeitnehmervvertreter müssen von Arbeitnehmenden, Arbeitgebervertreter von den Arbeitgebern gewählt werden.⁶⁰ Mögliche Wahlverfahren für die Arbeitnehmervertreter sind eine Versammlung der Arbeitnehmenden mit offener oder geheimer Abstimmung, eine Urnen- oder Briefwahl durch die Arbeitnehmenden oder eine stille Wahl durch Verteilung von Mitteilungsblättern und Bekanntmachung am Anschlagbrett mit Angabe einer Einsprachefrist.⁶¹

Das Wahlverfahren ist im Reglement zu verankern.⁶² Nicht zulässig ist es somit, die Wahlordnung in einem Gesamtarbeitsvertrag oder einer anderen kollektiven Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit indirekt-schuldrechtlicher Wirkung gegenüber der Vorsorgeeinrichtung festzulegen.⁶³

4. Wahl durch Delegierte (Abs. 3 Satz 1)

Anstelle einer direkten Wahl durch alle Versicherten können die Vertreter auch durch Delegierte gewählt werden.⁶⁴ Als solche kommen beispielsweise innerbetrieblich gewählte Vorsorgekommissionen, sozialpartnerschaftlich organisierte Verbände wie beispielsweise Gewerkschaften, Betriebskommissionen, besondere Fachausschüsse oder die Arbeitnehmervertretung i.S.v. Art. 5 ff. MitwG in Frage.⁶⁵ Diese Einschränkung der Vertretung ist jedoch nur zulässig, wenn sich die Bestellung des paritätischen Organs nicht anders bewerkstelligen

⁵⁷ RIEMER, paritätische Verwaltung, Fn. 11b.

⁵⁸ Art. 49 Abs. 1 i.V.m. Art. 51 Abs. 2 und 3 BVG.

⁵⁹ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 77/2004, Rz. 457.

⁶⁰ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 77/2004, Rz. 457.

⁶¹ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 361; HELBLING, Gesamtdarstellung, 133; RIEMER, Vorsorgeeinrichtungen, 64.

⁶² BBl 1976 I 203; BRÜHWILER, Personalvorsorge, 360.

⁶³ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 360.

⁶⁴ Art. 51 Abs. 3 Satz 1 BVG.

⁶⁵ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 77/2004, Rz. 457; RIEMER, Vorsorgeeinrichtungen, 64.

beide Sozialpartner müssen gleich oft die Gelegenheit haben, den Vorsitz zu führen.⁸⁰

- 52 In Satz 4 von Absatz 3 wird dem paritätischen Organ jedoch gestattet, die Zuordnung des Vorsitzes anders zu regeln. Es bleibt ihm somit unbenommen, das Recht auf den Vorsitz ständig auf die andere Seite zu delegieren.⁸¹ Es besteht auch die Möglichkeit eines Copräsidiiums.⁸²
- 53 Der Vorsitz verfügt über die Kompetenz zur Verhandlungsleitung. Hingegen steht ihm nicht automatisch auch der Stichtscheid zu, weil sonst Art. 51 Abs. 4 BVG, welcher das Verfahren bei Stimmengleichheit regelt, weitgehend gegenstandslos wäre.⁸³

3. Delegation von Aufgaben an externe Personen (Outsourcing)

- 54 In Anbetracht der zunehmenden Komplexität der von den Vorsorgeeinrichtungen zu bewältigenden Aufgaben führen mangelnde Fachkenntnisse und das Bedürfnis nach mehr Professionalität vermehrt dazu, dass Vorsorgeeinrichtungen bestimmte Aufgaben an einen aussenstehenden, professionellen Dienstleister auslagern. Dabei stellt sich die Frage, inwieweit eine solche Delegation von Führungsaufgaben an externe, nicht paritätisch zusammengesetzte Organe zulässig und mit der zwingend vorgeschriebenen Parität vereinbar ist.
- 55 Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass gestützt auf die in Art. 49 Abs. 1 BVG eingeräumte weitgehende Organisationsautonomie der Vorsorgeeinrichtung eine Aufgabendelegation in einem gewissen Rahmen zulässig ist. Andererseits darf diese nicht so weit gehen, dass dadurch der Grundsatz der Parität und die damit gewährten Mitentscheidungsrechte der Arbeitnehmenden illusorisch gemacht werden.⁸⁴
- 56 In der Literatur wurde bis jetzt kein einheitlicher Massstab für die Aufgabendelegation festgelegt. Zusammenfassend kann aber festgehalten werden, dass bestimmte zentrale Führungsaufgaben vom obersten Organ selber wahrgenommen werden müssen und nicht delegiert werden dürfen.⁸⁵ Das schliesst allerdings die Delegation der Geschäftsführung, d.h. die Erledigung der laufenden Geschäfte

⁸⁰ BBl 2000 2695.

⁸¹ BBl 2000 2695.

⁸² HELBLING, Gesamtdarstellung, 137.

⁸³ BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2007; RIEMER, Vorsorgeeinrichtungen, 65.

⁸⁴ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 380; EISENRING, Führungsorganisation, 27; GÄCHTER, Outsourcing, 37; WEBER, Outsourcing, 47.

⁸⁵ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 379 f.; EISENRING, Führungsorganisation, 27; RIEMER, Vorsorgeeinrichtungen, 63 f.

und die Vorbereitung und Durchführung von Entscheiden, nicht aus.⁸⁶ Insbesondere im Bereich der Vermögensverwaltung fehlt den Mitgliedern des paritätischen Organs oft das nötige Fachwissen für eine professionelle Vermögensanlage.⁸⁷ In Anbetracht der Komplexität des Kapitalmarktes und der Notwendigkeit, rasche Entscheidungen treffen zu müssen, ist eine Delegation häufig angebracht.⁸⁸ Vorausgesetzt werden muss aber, dass die strategische Führung in jedem Fall beim paritätisch zusammengesetzten Organ verbleibt. Dieses bestimmt die zentralen Aspekte wie Anlagestrategie, Leistungskonzept und Finanzierung und gibt so dem externen Dienstleister den Rahmen vor, an den sich dieser zu halten hat.⁸⁹ Die Aufgabenübertragung muss zudem jederzeit widerrufbar sein.⁹⁰

Durch die Delegation von Aufgaben kann sich das Führungsorgan teilweise von seiner Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG entlasten, indem die Haftung auf die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung beschränkt wird.⁹¹ Die Haftungsbeschränkung tritt aber nur ein, wenn die Delegation in den Statuten bzw. in der Urkunde oder besser, um dem Erfordernis der jederzeitigen Widerrufbarkeit zu genügen, im Organisationsreglement oder in einem vergleichbaren, protokollierten Beschluss des Führungsorgans festgelegt ist.⁹²

4. Delegation von Aufgaben an einzelne oder mehrere Mitglieder des Führungsorgans

Ebenso kann es zweckmässig sein – vor allem bei grossen Personalvorsorgeeinrichtungen –, wenn gewisse Aufgaben einzelnen Mitgliedern oder Aus-

⁸⁶ Mitteilungen der Konferenz der kantonalen BVG-Aufsichtsbehörden, Ziff. 9, SZS 1985, 228; EGGERMANN, paritätische Verwaltung, 32; HELBLING, Gesamtdarstellung, 133; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 59; RIEMER, Vorsorgeeinrichtungen, 63 f.; PFITZMANN, Registerfragen, 11.

⁸⁷ EISENRING, Führungsorganisation, 27 f.; GÄCHTER, Outsourcing, 34.

⁸⁸ EGGERMANN, paritätische Verwaltung, 32.

⁸⁹ GÄCHTER, Outsourcing, 44; RIEMER, Vorsorgeeinrichtungen, 64; WEBER, Outsourcing, 47.

⁹⁰ Mitteilungen der Konferenz der kantonalen BVG-Aufsichtsbehörden, Ziff. 9, SZS 1985, 228; Amt für berufliche Vorsorge des Kantons Zürich, Handbuch, 3.1.6; BRÜHWILER, Personalvorsorge, 381; EGGERMANN, paritätische Verwaltung, 33; EISENRING, Führungsorganisation, 28; EISENRING, Verantwortlichkeit, 93; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 59; SPILLMANN, Institutionelle Investoren, 56; VETTER-SCHREIBER, Verantwortlichkeit, 22; WEBER, Outsourcing, 47.

⁹¹ EISENRING, Führungsorganisation, 28; EISENRING, Verantwortlichkeit, 94 ff.; GÄCHTER, Outsourcing, 47; GULLO, Verantwortlichkeit, 59; HELBLING/WYLER-SCHMELZER, Verantwortlichkeit, 12; MÜLLER, Haftung, 270 ff.; MÜLLER, Verantwortlichkeit, 135; ROHRBACH, Personalvorsorgestiftungen, 81 mit weiteren Hinweisen; VETTER-SCHREIBER, Verantwortlichkeit, 22; WEBER, Outsourcing, 47.

⁹² GÄCHTER, Outsourcing, 45 f., mit weiteren Hinweisen; GULLO, Verantwortlichkeit, 59 f.

schüssen mit mehreren Mitgliedern des Führungsorgans zugewiesen werden.⁹³ Solche Ausschüsse müssen nicht zwingend paritätisch zusammengesetzt sein.⁹⁴ Sie müssen jedoch durch das paritätische Organ gewählt werden.⁹⁵ Allerdings bleibt auch hier das oberste Organ in voller Zusammensetzung für die zentralen Führungsaufgaben zuständig. Die mit den delegierten Aufgaben betrauten Führungsmitglieder oder Kommissionen haben sich an den durch das oberste Organ festgelegten Rahmen zu halten.⁹⁶ Voraussetzung für die Delegation ist ebenfalls eine statutarische oder reglementarische Ermächtigung.⁹⁷ Im Gegensatz zur Delegation an externe Personen greift aber bei dieser Art der Aufgabenübertragung keine Haftungsbeschränkung, das oberste Organ bleibt für die haftungsrechtlichen Folgen verantwortlich.⁹⁸

V. Beschlüsse des paritätischen Organs

1. Beschlussfassung

59 Das Verfahren der Beschlussfassung im paritätischen Organ ist nicht im Gesetz geregelt. Das paritätisch zusammengesetzte Organ kann das ihm angemessene erscheinende Verfahren für die Beschlussfassung selbst festlegen.⁹⁹

60 Es können beispielsweise Präsenzquoren und qualifizierte Mehrheiten verlangt werden.¹⁰⁰ Wichtig ist dabei, dass durch die Ordnung des Beschlussverfahrens die gleichberechtigte Mitwirkung der Arbeitnehmenden nicht abgeschwächt werden darf. Es wäre deshalb nicht zulässig, dem Arbeitgeber nachträglich auf dem Weg der internen Beschlussfassung ein Übergewicht gegenüber den Arbeitnehmervertretern einzuräumen.¹⁰¹

⁹³ HELBLING, Gesamtdarstellung, 139; eine entsprechende gesetzliche Regelung ist vorgesehen im neuen Art. 51a Abs. 3 BVG (Botschaft vom 15. Juni 2007 zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [Strukturreform]). Siehe dazu mehr nachfolgend XII.

⁹⁴ AUBERT, paritätische Verwaltung, 3 f.; EISENRING, Verantwortlichkeit, Fn. 563; - PFITZMANN, Registerfragen, 11; RIEMER, paritätische Verwaltung, 20.

⁹⁵ EISENRING, Verantwortlichkeit, Fn. 563; PFITZMANN, Registerfragen, 11; RIEMER, paritätische Verwaltung, 20.

⁹⁶ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1372.

⁹⁷ EISENRING, Verantwortlichkeit, 93.

⁹⁸ So auch die Botschaft vom 15. Juni 2007 zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Strukturreform) zum geplanten Art. 51a Abs. 3 BVG.

⁹⁹ Mitteilungen der Konferenz der kantonalen BVG-Aufsichtsbehörden, Ziff. 8, SZS 1985, 227.

¹⁰⁰ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1371.

¹⁰¹ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 372.

Umgekehrt bleibt es dem Arbeitgeber unbenommen, seine Stellung zu Gunsten 61 derjenigen der Arbeitnehmerseite zu schwächen, da die Regelung von Art. 51 BVG den Schutz der Arbeitnehmer bezweckt.¹⁰²

2. Verfahren bei Stimmgleichheit (Abs. 2 Bst. d und Abs. 4)

Gemäss Abs. 2 Bst. d hat die Vorsorgeeinrichtung das Verfahren bei 62 Stimmgleichheit zu regeln. Es gibt verschiedene Möglichkeiten, wie das Problem der Stimmgleichheit gelöst werden kann. Die Vorsorgeeinrichtung kann beispielsweise einen neutralen Vorsitzenden mit¹⁰³ oder ohne Stimmrecht, aber mit Stichentscheid, einen neutralen Einzelschiedsrichter, ein mehrköpfiges Schiedsgericht oder einen wechselnden Stichentscheid zwischen einem Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter vorsehen.¹⁰⁴

Eine Lösung kann auch darin bestehen, dass bei Stimmgleichheit ein Antrag als 63 abgelehnt gilt und allenfalls die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG einzuschalten ist, wenn bei einem wesentlichen Geschäft kein Entscheid zustande kommt, weil das Führungsorgan nicht entscheidungsfähig ist.¹⁰⁵

Solange in einer Vorsorgeeinrichtung das Verfahren bei Stimmgleichheit nicht 64 reglementarisch festgelegt ist, bleibt nach Art. 51 Abs. 4 BVG bei einer Patt-Situation nur der Ausweg über ein Schiedsgerichtsverfahren. In diesem Fall entscheidet ein im gegenseitigen Einvernehmen bestimmter neutraler Schiedsrichter. Kommt keine Einigung über den Schiedsrichter zustande, wird dieser von der Aufsichtsbehörde bezeichnet.¹⁰⁶

Offen ist die Frage, ob ein solcher Entscheid des Schiedsrichters angefochten 65 werden kann.¹⁰⁷ Nicht angefochten werden kann er gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung von der Stiftung selbst, da es sich bei diesem Schiedsgericht nicht um ein Schiedsgericht im Sinn des Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27. März 1969 handelt. Vielmehr hat der Schiedsrichter anstelle des durch die Patt-Situation bei Stimmgleichheit blockierten Stiftungsrates im Namen der Stiftung entschieden. Die Stiftung ist in der Regel nicht befugt, gegen die Entscheide ihres eigenen Stiftungsrates Beschwerde zu führen.¹⁰⁸

¹⁰² BRÜHWILER, Personalvorsorge, 372.

¹⁰³ Wobei in diesem Fall das Stimmrecht der Arbeitnehmenden nicht eingeschränkt werden darf.

¹⁰⁴ BBl 1976 I 203 f.; BRÜHWILER, Personalvorsorge, 375; HELBLING, Gesamtdarstellung, 133 f.; RIEMER, paritätische Verwaltung, 25.

¹⁰⁵ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1387.

¹⁰⁶ Siehe auch HELBLING, Gesamtdarstellung, 137.

¹⁰⁷ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1387 und 1721.

¹⁰⁸ BGE vom 5.7.1994 E. 1, SZS 1995, 105 und SZS 1996, 43 f.; SPV 1995, 571. Vgl. dazu STAUFFER, Rechtsprechung, 124 f.

3. Präsenzquoten

- 66 Die Parität macht grundsätzlich nur Sinn, wenn das paritätische Organ seine Entscheide in einer paritätischen Besetzung fällt. Art. 51 BVG enthält jedoch keine gesetzliche Vorschrift, dass an jeder Sitzung gleich viele Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter *anwesend* sein müssen. Um unerwünschte Zufallsmehrheiten zu verhindern, empfiehlt es sich, mittels statutarischer Quorumsvorschrift vorzusehen, dass Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter in der gleichen Zahl an den Sitzungen teilnehmen. Dies erfordert, dass ständige Ersatzleute bestellt werden, die bei Verhinderung eines ordentlichen Mitglieds einspringen können.¹⁰⁹

4. Qualifizierte Mehrheiten

- 67 Die gesetzlichen Regelungen betreffend Verfahren bei Stimmengleichheit bedeuten nicht, dass für Abstimmungen nur eine einfache Mehrheit verlangt werden darf. Reglementarisch kann eine qualifizierte Mehrheit vorgesehen werden. Es kann z.B. bei besonders wichtigen Beschlüssen verlangt werden, dass sowohl die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter als auch der Arbeitgebervertreter zustimmt oder dass eine Zweidrittelmehrheit zustande kommt.¹¹⁰

VI. Paritätische Verwaltung von Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen

- 68 Bis zur 1. BVG-Revision bestand für Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen keine Pflicht zur paritätischen Besetzung des obersten Organs, da es als nicht praktikabel erachtet wurde, bei solchen Einrichtungen mit einer Vielzahl von angeschlossenen Betrieben, aus dem Kreis der angeschlossenen Firmen Versicherte zu wählen, welche alle Arbeitnehmer repräsentativ vertreten könnten.¹¹¹ In der Botschaft zum BVG wurde festgehalten, dass es bei grossen Verbandseinrichtungen und Sammelstiftungen teilweise aus organisatorischen Gründen nicht möglich sein werde, Wahlen durchzuführen und die Aufsichtsbehörde es zulassen könne, dass die Versicherten in anderer Form vertreten würden.¹¹²
- 69 Ein grosser Teil der Lehre erachtete einen nicht paritätisch zusammengesetzten Stiftungsrat als zulässig, sofern die paritätisch zusammengesetzten Verwaltungs-

¹⁰⁹ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 373; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 65.

¹¹⁰ BBl 1976 I 204; BRÜHWILER, Personalvorsorge, 374; HELBLING, Gesamtdarstellung, 137; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 66.

¹¹¹ KÜNG, paritätische Verwaltung, 57.

¹¹² BBl 1976 I 203.

organe der verschiedenen angeschlossenen Kassen über die alleinige Kompetenz verfügten, reglementarische Bestimmungen zu erlassen und über die Finanzierung und Vermögensverwaltung zu entscheiden, währenddem sich die Befugnisse des Stiftungsrats auf die allgemeine Organisation, die Vertretung der Stiftung gegen aussen, insbesondere gegenüber der Aufsichtsbehörde, und auf den Abschluss von Kollektivversicherungsverträgen beschränkten und er an die von den Verwaltungsorganen gefassten Beschlüsse gebunden war.¹¹³ Teilweise wurde diese Meinung aber auch kritisiert, da das Recht auf paritätische Verwaltung eine relativ-zwingende Bestimmung sei, welche die Arbeitnehmer schütze und von welcher deshalb nicht zu ihren Ungunsten abgewichen werden dürfe.¹¹⁴

In der Praxis wurden die Stiftungsräte der Sammelstiftungen in der Regel mit Vertretern der Stifterin, d.h. in der Regel einer Lebensversicherungsgesellschaft oder einer Bank, besetzt, da die Sammelstiftungen organisatorisch, personell und oft auch wirtschaftlich mit dieser eng verbunden sind.¹¹⁵

Auch das Bundesgericht ging davon aus, dass das Erfordernis der gesetzlich vorgesehenen paritätischen Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen bei Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen schlecht auf der Stufe des Stiftungsrates gewährleistet werden könne.¹¹⁶

Die Parität wurde meist erst auf Stufe des einzelnen Vorsorgewerks durch paritätisch zusammengesetzte Vorsorgekommissionen verwirklicht, welche aber über keine Führungsmacht verfügten.¹¹⁷

¹¹³ AUBERT, paritätische Verwaltung, 9 f.; BRÜHWILER, Personalvorsorge, 377 f.; EGGERMANN, paritätische Verwaltung, 33 f.; FEHLMANN, Gemeinschaftsstiftungen, 82; KÜNG, paritätische Verwaltung, 57.

¹¹⁴ MOLO, Aspects, 112 und die dort zitierte Lehre; STAUFFER, Praktikabilität, 645 f.; *ders.*, Auslegeordnung, 189, 193 f.

¹¹⁵ KÜNG, paritätische Verwaltung, 57; SCHIESSER, paritätische Verwaltung, 171.

¹¹⁶ Z.B. BGE vom 10.4.2006 E. 3.2 (2A.639/2005); BGE vom 3.12.2001 E. 3b (2A.201/2001); BGE vom 11.11.1998 (2A.430/1997), AJP 1999, 1317; obwohl das EVG in diesem Entscheid festhält, dass Verwaltungskosten einer reglementarischen Grundlage bedürfen, welche auf der Beschlussfassung eines paritätisch zusammengesetzten Organs beruhen, geht es auf die Problematik, dass Reglementsbestimmungen bei Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen in der Regel durch einen von der Stiftergesellschaft ernannten, nicht paritätisch zusammengesetzten Stiftungsrat erlassen werden und somit keine Legitimation durch die Versicherten besteht, nicht näher ein (siehe dazu STAUFFER, Bemerkungen, 1317).

¹¹⁷ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 48/1999, Rz. 280, Nr. 4; Mitteilungen der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden, Ziff. 3.4, SZS 1998, 321; BGE vom 26.10.2001 (B 63/1999); BGE vom 10.4.2006 (2A.639/2005); Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Mai 2009 (C-2356/2006) E. 7.2; Bericht der Subkommission BVG zuhanden der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK-N) über den Vorsorgeschutz für Teilzeitbeschäftigte und Personen mit kleinem Einkommen, über die Anpassung des Umwandlungssatzes und über die paritätische Verwaltung der Vorsorge-

- 73 Aufgrund der zunehmenden Kritik an dieser Praxis wurde im Rahmen der 1. BVG-Revision Abs. 1 neu formuliert. Nach der alten Fassung von Abs. 1 hatten die Arbeitnehmer das Recht, in den Organen, die über den Erlass der reglementarischen Bestimmungen, die Finanzierung und die Vermögensverwaltung entscheiden, paritätisch vertreten zu sein. Neu wird ihnen ein Vertretungsrecht im *obersten Organ* der Vorsorgeeinrichtung eingeräumt.¹¹⁸ Mit dieser Neuformulierung sollte erreicht werden, dass auch für Sammeleinrichtungen eine paritätische Verwaltung im obersten Organ und nicht nur auf der Ebene der einzelnen Vorsorgewerke gewährleistet ist.¹¹⁹
- 74 Der Grundsatz, dass bei Sammelstiftungen das oberste Organ, d.h. der Stiftungsrat, paritätisch zusammengesetzt sein muss, schliesst eine zusätzliche stimmberechtigte Vertretung der Stifterin aus.¹²⁰ Das gilt auch für eine Minderheitsvertretung der Stifterin, weil diese mit der Übernahme der Vollversicherung, Vermögensverwaltung und Geschäftsführung eine grosse Verantwortung trägt. Auch eine solche Vertretung der Stifterin führt zu einer Einschränkung der Rechte der anderen Einsitzberechtigten und widerspricht deshalb dem Erfordernis der paritätischen Zusammensetzung des obersten Organs.¹²¹ Auch die Schaffung einer zweistufigen Struktur, in welcher den paritätisch zusammengesetzten Verwaltungskommissionen die Entscheidungsmacht eingeräumt wird, entbindet nicht von der Pflicht, die paritätische Verwaltung auf der Stufe des Stiftungsrats vorzu-

einrichtungen vom 20./21. Februar 2002, 28; Urteil der Eidg. Beschwerdekommission BVG vom 29.9.1997, SVR 12/2000, BVG Nr. 13, E. 3.a.

¹¹⁸ Amtl.Bull. NR 2002, 551.

¹¹⁹ Bericht der Subkommission BVG zuhanden der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK-N) über den Vorsorgeschutz für Teilzeitbeschäftigte und Personen mit kleinem Einkommen, über die Anpassung des Umwandlungssatzes und über die paritätische Verwaltung der Vorsorgeeinrichtungen vom 20./21. Februar 2002, 27; vgl. dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Mai 2009 (C-2356/2006) E. 9; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. August 2007 (C-2371/2006) E. 2.3.6.

¹²⁰ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. August 2007 (C-2371/2006) E. 2.3.6; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 3 N 13; RIEMER, Vorsorgeeinrichtungen, 64; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1380; VETTER-SCHREIBER, Art. 51 BVG, 344 ff.; vgl. dazu auch die Urteilsbesprechung von RIEMER, der die Möglichkeit einer Teilnahme von Vertretern der Versicherungsgesellschaft an den Sitzungen des paritätischen Organs mit beratender Stimme, d.h. ohne Stimmrecht, vorschlägt (RIEMER, Urteil, 392).

¹²¹ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. August 2007 (C-2371/2006) E. 2.3.7 und 8; STAUFFER, Unzulässige Einsitznahme, 123 ff.; VETTER-SCHREIBER, Art. 51 BVG, 344 ff.; a.M. das BSV, nach welchem bei Sammelstiftungen mit einem Vollversicherungsvertrag eine stimmberechtigte Minderheitsvertretung der Gründer dem Paritätsgedanken nicht widerspricht, falls ansonsten der Gedanke der Parität umgesetzt wird (Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 77/2004, Rz. 457, Nr. 5).

sehen.¹²² Eine paritätische Verwaltung auf der Stufe Verwaltungskommissionen ist nicht zu beanstanden, aber gesetzlich nicht zwingend.¹²³

VII. Personalvorsorgegenossenschaften und Art. 51 BVG

Die Regeln über die paritätische Verwaltung in Art. 51 BVG finden auch auf Personalvorsorgegenossenschaften Anwendung. Durch das in Art. 885 OR vorgesehene Kopfstimmrecht war jedoch schon vor Einführung von Art. 51 BVG eine weitergehende Mitbestimmung der Arbeitnehmer gewährleistet.

Bezüglich des Verhältnisses von Art. 51 BVG und Art. 885 OR zueinander ist davon auszugehen, dass Art. 885 OR nicht vollständig durch Art. 51 BVG ersetzt wurde.¹²⁴ Es reicht aber nicht, wenn die Generalversammlung – welche sich aus der Gesamtheit der Mitglieder zusammensetzt – oberstes Organ ist, um den Anforderungen bezüglich paritätischer Vertretung zu genügen. Vielmehr bedarf es eines paritätisch besetzten Verwaltungsrates, dessen Besetzung in einem Organisationsreglement ausreichend umschrieben werden muss.¹²⁵

VIII. Paritätische Verwaltung in öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen (Abs. 5)

Bezüglich des obersten Organs bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen besteht eine wesentliche Restriktion: Abs. 5 hält fest, dass das paritätisch besetzte Organ lediglich vorher anzuhören ist, wenn der Bund, der Kanton oder die Gemeinde die Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtungen erlässt. Es handelt sich somit nur um ein Mitsprache- bzw. Anhörungsrecht und kein eigentliches Mitbestimmungsrecht.¹²⁶ Diese Einschränkung ist insofern vertretbar, als Bestimmungen betreffend öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen regelmässig im Rahmen der ordentlichen Rechtsetzung eines Gemeinwesens zustande kommen und die Versicherten im Rahmen dieses politischen Willensbildungsprozesses ihre Standpunkte einbringen können.¹²⁷ Gleichwohl ist die Einflussmöglichkeit der Arbeitnehmerseite in öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen dadurch stark eingeschränkt, zumal die Interessen der politisch zuständigen

¹²² Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. August 2007 (C-2371/2006) E. 2.3.8; STAUFFER, Unzulässige Einsitznahme, 123 ff.

¹²³ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. August 2007 (C-2371/2006) E. 2.3.8; STAUFFER, Unzulässige Einsitznahme, 123 ff.

¹²⁴ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 364 f. Fn 78; RIEMER, paritätische Verwaltung, 16 Fn. 2.

¹²⁵ BGE vom 14.8.2003 E. 5.1 und 5.2.1 (2A.395/2002).

¹²⁶ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 370; RIEMER, paritätische Verwaltung, 18; SOMMA, Parität, 210.

¹²⁷ BRÜHWILER, Personalvorsorge, 369 f. Fn 92.

Stellen und der Stimmbürger im Gegensatz zu jenen der Arbeitnehmer stehen können.

- 78 Eine Verletzung der Konsultationspflicht führt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zur Nichtigkeit der betreffenden Norm. Sie stellt einen heilbaren Verfahrensmangel dar, da die mangelhafte Anhörung ohne weiteres auf gesetzeskonforme Weise nachgeholt werden kann.¹²⁸

IX. Aus- und Weiterbildung der Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter (Abs. 6)

- 79 Die Bestimmungen über die Erst- und Weiterbildung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern wurde auf Antrag der vorberatenden nationalrätlichen Kommission mit der 1. BVG-Revision in Art. 51 BVG aufgenommen. Sie waren im bundesrätlichen Entwurf noch nicht vorgesehen. Mit dieser Massnahme soll das Ungleichgewicht des Fachwissens, bedingt durch einen regelmässigen Wissensvorsprung der Arbeitgebervertreter, behoben und volle Parität auch auf intellektueller Ebene erreicht werden.¹²⁹ Die Vorsorgeeinrichtung ist verpflichtet, selber solche Bildungsangebote anzubieten oder die Kurskosten für externe Kurse zu übernehmen.¹³⁰ Zur Frage, inwieweit der Arbeitgeber verpflichtet ist, seine Mitarbeiter für die Teilnahme an Schulungen von der Arbeitszeit freizustellen, finden sich in den Materialien keine Hinweise. Da Art. 51 Abs. 7 BVG festhält, dass die Vorsorgeeinrichtung – und somit nicht der Arbeitgeber – verpflichtet ist, eine Entschädigung für die Teilnahme an Schulungskursen auszurichten, sollten unseres Erachtens Absenzen infolge Aus- und Weiterbildung der Mitglieder des paritätischen Organs ähnlich gehandhabt werden wie die von Art. 324a OR erfassten Abwesenheiten infolge Ausübung eines Amtes. Die aufgrund solcher Verpflichtungen erhaltenen Entschädigungen müssen an den Lohn angerechnet werden.¹³¹ Im Zusammenhang mit den in Art. 51 Abs. 6 BVG statuierten Abwesenheiten sollte deshalb die Vorsorgeeinrichtung neben den eigentlichen Kurskosten auch den Lohnausfall der Mitarbeiter übernehmen, sofern die Ausbildung zu Arbeitszeiten stattfindet. Im Gegenzug ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer für solche Ausbildungen freizustellen.

¹²⁸ BGE 119 V 195, 199 E. 3c.; Eidg. BVG-Beschwerdekommision der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, Entscheid vom 23. Mai 1996, E. 4a, SVR 1998, BVG Nr. 2.

¹²⁹ GÄCHTER, Outsourcing, 39; FOLLADOR, paritätische Verwaltung, 195 ff.

¹³⁰ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1390; VETTER-SCHREIBER, Vorsorgekommission, 292 (TREX), 39 (SPV).

¹³¹ PORTMANN, Obligationenrecht, N 45 zu Art. 324a; STREIFF/VON KÄNEL, Arbeitsvertrag, N 18 zu Art. 324a.

X. Entschädigung im obersten Organ (Abs. 7)

Auch Abs. 7 wurde erst auf Antrag der vorberatenden nationalrätlichen Kommission mit der 1. BVG-Revision eingeführt.¹³² Die Vorsorgeeinrichtung kann von jedem einzelnen Mitglied des obersten paritätischen Organs angehalten werden, eine angemessene Entschädigung für die Teilnahme an Sitzungen und Schulungskursen auszurichten. Auf diese Entschädigung besteht ein individueller Anspruch, d.h. es braucht keinen entsprechenden Beschluss des obersten Organs.¹³³ Hingegen entscheidet das oberste Organ, wie die Entschädigung bemessen sein soll.¹³⁴ Mögliche Formen der Entschädigung sind Grundentschädigungen, Sitzungsgelder, Spesenersatz oder auch Kombinationen dieser Elemente.¹³⁵

XI. Rechtsweg

Die Aufsichtstätigkeit der Aufsichtsbehörde (Art. 61 BVG) umfasst auch die Prüfung der Frage, ob die Vorsorgeeinrichtung beim Erlass oder bei der Änderung von Reglementen oder Statuten die Vorschriften in Art. 51 BVG eingehalten hat.¹³⁶ Das Vorliegen der Parität wird einerseits bei der Errichtung der Vorsorgeeinrichtung geprüft, wobei die Nichteinhaltung der Parität einen Organisationsmangel darstellt.¹³⁷ Aber auch wenn die Parität bei Errichtung der Vorsorgeeinrichtung eingehalten ist, können im Laufe der Zeit Änderungen stattfinden, die sich auf die Parität auswirken. Eine Prüfung der Parität hat deshalb auch im Rahmen der periodischen Berichterstattung an die Aufsichtsbehörde zu erfolgen.¹³⁸

Verstösse gegen Art. 51 BVG (z.B. Verletzung des Wahlrechts eines Arbeitnehmers, fehlerhafte Einberufung einer Wahlversammlung, Verletzung des Mitspracherechts eines Arbeitnehmervertreters beim Erlass oder bei der Änderung von statutarischen oder reglementarischen Bestimmungen oder Nichtbeachtung der Pflicht zur Anhörung des paritätischen Organs nach Art. 51 Abs. 5 BVG bei öffentlich-rechtlichen Vorsorgeeinrichtungen) können grundsätzlich mit der Aufsichtsbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde beanstandet werden. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Zuständigkeit des Richters nach Art. 73 BVG zu verneinen, wenn der Rechtsstreit ausschliesslich oder überwiegend eine abstrakte Normenkontrolle zum Gegenstand hat.¹³⁹ Nach der Rechtsprechung ist

¹³² Amtl. Bull. NR 2002, 551.

¹³³ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1391.

¹³⁴ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1391.

¹³⁵ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1391.

¹³⁶ BGE 119 V 195, 197 E. 3b aa.

¹³⁷ RUGGLI, behördliche Aufsicht, 81.

¹³⁸ RUGGLI, behördliche Aufsicht, 75, 81.

¹³⁹ BGE 119 V 195, 197 f. E. 3b bb; BGE vom 26.8.2004 (B 49/2004) E. 2.3; BGE vom 26.8.2004 (B 50/2004) E. 2.3.

deshalb bei Verletzung des Anhörungsrechts gemäss Art. 51 Abs. 5 BVG die Aufsichtsbehörde zuständig.¹⁴⁰ Ebenso auf dem Aufsichtsweg geltend zu machen sind behauptete Unregelmässigkeiten bei der Wahl der Arbeitnehmervertreter bzw. die Rüge, dass die Beschlüsse des Stiftungsrates wegen seiner mangelnden paritätischen Zusammensetzung nichtig sind.¹⁴¹

83 Die Aufsichtsbehörde muss auch losgelöst von einem streitigen Anwendungsfall auf ein Begehren um Überprüfung der Gesetzeskonformität eines Pensionskassenreglements bezüglich paritätischer Verwaltung eintreten.¹⁴² Jeder Betroffene hat die Möglichkeit, entsprechende Verfahrensfehler mittels Aufsichtsbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde zu rügen.¹⁴³ Zur Beschwerdeführung legitimiert können unter bestimmten Voraussetzungen auch Arbeitnehmerverbände als Vertreter von berufsvorsorglich versicherten Mitgliedern sein. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist in der beruflichen Vorsorge ein Verband zur Aufsichtsbeschwerde legitimiert, wenn er eine juristische Person ist, nach seinen Statuten auch die den Bereich BVG-Aufsicht betreffenden Interessen seiner Mitglieder zu wahren hat und seine Mitglieder selber zur Aufsichtsbeschwerde legitimiert wären.¹⁴⁴

84 Die Verfügungen der Aufsichtsbehörde können mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.¹⁴⁵ Dessen Entscheide unterliegen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht.¹⁴⁶

XII. Strukturreform

85 Am 15. Juni 2007 hat der Bundesrat eine Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Strukturreform) verabschiedet. Im Zentrum steht dabei die Stärkung der Aufsicht in der zweiten Säule. Daneben wurden aber auch Verhaltensregeln für die Verwaltung von Vorsorgeeinrichtungen (Governance) in die Revisionsvorlage aufgenommen.

¹⁴⁰ BGE 119 V 195, 199 E. 3c.

¹⁴¹ BGE vom 26.8.2004 (B 49/2004) E. 2.4; BGE vom 26.8.2004 (B 50/2004) E. 2.4; SZS 2005, 177 f., 182.

¹⁴² BGE vom 29.9.1989 E. 3b, SZS 1990, 271 f., mit Verweis auf BGE 112 Ia 186 f. E. 3b; siehe zu diesem Entscheid auch BERNHARD, paritätischer Charakter, 383 f.

¹⁴³ BGE 119 V 195, 197 E. 3b aa; BGE vom 26.8.2004 (B 49/2004) E. 2.2; BGE vom 26.8.2004 (B 50/2004) E. 2.2.

¹⁴⁴ BGE vom 29.9.1989 E. 4b, SZS 1990, 273, mit Verweis auf BGE 112 Ia 182 E. 1b und 192 E. 5.

¹⁴⁵ Art. 74 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 31 i.V.m. Art. 33 Bst. i VGG.

¹⁴⁶ Art. 82 Bst. a i.V.m. Art. 86 Abs. 1 Bst. a BGG.

1. Aufgaben des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung (Art. 51a BVG neu)

Bisher enthält das BVG keine explizite Aufzählung der Aufgaben des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung. Es ist aber zentral, dass der Entscheidungsspielraum und damit auch die Verantwortlichkeit der verschiedenen Organe klar geregelt ist.¹⁴⁷ Die Aufgaben und Verantwortlichkeiten des obersten Organs sollen deshalb in einem neuen Art. 51a BVG umschrieben werden. Während Abs. 1 von Art. 51a BVG die Aufgaben des obersten Organs in Grundsätzen zusammenfasst, zählt Abs. 2 die zentralen Führungsaufgaben auf, die vom obersten Organ selber wahrgenommen werden müssen. Unter anderem ist das paritätische Organ auch für die Sicherstellung der Ausbildung der Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter zuständig. Abs. 6 von Art. 51 BVG, der bis anhin die Ausbildung der Mitglieder des paritätischen Organs regelt, soll in der Folge aufgehoben werden.

In Abs. 3 von Art. 51a BVG findet sich eine Regelung betreffend die Delegation von Aufgaben des obersten Organs innerhalb des Gremiums. Danach kann das oberste Organ die Vorbereitung und die Ausführung seiner Beschlüsse oder die Überwachung von Geschäften Ausschüssen oder einzelnen Mitgliedern zuweisen. Soweit einzelne Aufgaben delegiert werden, hat es für eine angemessene Information an seine Mitglieder zu sorgen.

Gemäss Abs. 4 hat das oberste Organ über eine angemessene Entschädigung seiner Mitglieder für die Teilnahme an Sitzungen und Schulungskursen zu entscheiden. Die Entschädigung für die Teilnahme an Sitzungen und Schulungen ist bis jetzt in Art. 51 Abs. 7 BVG geregelt. Dieser Absatz soll im Rahmen der Strukturreform aufgehoben werden.

2. Integrität und Loyalität der Verantwortlichen (Art. 51b BVG neu)

Bis anhin gibt es keine Bestimmungen, die die Anforderungen an die Qualität von Personen, die mit der Führung oder Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung betraut sind, festlegen. Es wird zwar auch künftig darauf verzichtet, für Mitglieder des obersten Organs gewisse Vorkenntnisse oder Ausbildungen vorauszusetzen, hingegen wird in einem neuen Art. 51b in Abs. 1 festgelegt, dass die Führungspersonen oder Vermögensverwalter einen guten Ruf und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssen.

Abs. 2 von Art. 51b BVG hält fest, dass als Organ oder Angestellter einer Vorsorgeeinrichtung stets das Interesse der Vorsorgeeinrichtung den Privatinteressen vorzugehen hat.

¹⁴⁷ BBl 2007 5694.

3. Rechtsgeschäfte mit Nahestehenden (Art. 51c BVG neu)

- 91 In Art. 51c, der ebenfalls neu ins BVG aufgenommen werden soll, werden Rechtsgeschäfte der Vorsorgeeinrichtung mit Nahestehenden geregelt. Nach dessen Abs. 1 sollen Rechtsgeschäfte der Vorsorgeeinrichtungen verhindert werden, welche zu ungünstigen Konditionen abgeschlossen werden und der Vorsorgeeinrichtung dadurch potenziell Schaden zufügen können.¹⁴⁸
- 92 Auf ein generelles Verbot von gewissen, als heikel einzustufenden Geschäften mit Nahestehenden wurde verzichtet, da keine hinreichend präzisen Tatbestände definiert werden konnten. Stattdessen wird eine Prüfung durch die Revisionsstelle für den konkreten Einzelfall vorgesehen. Gemäss Abs. 2 sind deshalb Rechtsgeschäfte der Vorsorgeeinrichtung mit Mitgliedern des obersten Organs oder mit Personen, die mit der Geschäftsführung oder Vermögensverwaltung betraut wurden, bei der jährlichen Prüfung der Jahresrechnung gegenüber der Revisionsstelle offenzulegen. Dasselbe gilt, wenn natürliche oder juristische Personen, die den Vorgenannten nahestehen, Rechtsgeschäfte mit der Vorsorgeeinrichtung abschliessen. Als nahestehende Personen gelten Ehegatten, Verwandte und wirtschaftlich beherrschte Gesellschaften.¹⁴⁹
- 93 Die Revisionsstelle hat gemäss Abs. 3 zu prüfen, ob in den offengelegten Rechtsgeschäften die Interessen der Vorsorgeeinrichtung angemessen gewahrt sind. Stellt die Revisionsstelle fest, dass ein Rechtsgeschäft mit Nahestehenden missbräuchlich oder zu marktunüblichen Konditionen erfolgt ist, meldet sie dies der zuständigen Aufsichtsbehörde. Diese hat im Rahmen ihrer Aufsichtsmittel die nötigen Massnahmen zu ergreifen.¹⁵⁰

4. Ausführungsbestimmungen

- 94 Auf Verordnungsstufe sollen die bestehenden Art. 48f und 48g BVV 2 erweitert werden.
- 95 Art. 48f BVV 2, der eine Regelung betreffend Interessenkonflikte und Vermögensvorteile von Personen und Institutionen enthält, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind, soll in Abs. 2 Bst. c ergänzt werden. Neben dem bereits heute verbotenen Tätigen von Anlagen durch diese Personen in Kenntnis von geplanten oder beschlossenen Transaktionen der Vorsorgeeinrichtung (front running) soll auch das Tätigen von Anlagen zeitgleich mit Transaktionen der Vorsorgeeinrichtung (parallel running) untersagt werden.
- 96 In Abs. 3 von Art. 48f BVV 2 soll der Grundsatz festgehalten werden, dass sämtliche Vermögensvorteile der Vorsorgeeinrichtung abzuliefern sind, die Personen

¹⁴⁸ BBl 2007 5697.

¹⁴⁹ BBl 2007 5698.

¹⁵⁰ BBl 2007 5698.

und Institutionen, die mit der Führung und Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung oder mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind, im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Tätigkeit für die Vorsorgeeinrichtung von Dritten erhalten.

Art. 48g BVV 2, der die Offenlegung von persönlichen Vermögensvorteilen regelt, soll in dem Sinne ergänzt werden, dass Personen und Institutionen, die mit der Führung und Verwaltung der Vorsorgeeinrichtung oder mit der Anlage und der Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind, dem paritätischen Organ jährlich eine schriftliche Erklärung darüber abzugeben haben, dass sie die Vorschriften von Art. 48f BVV 2 eingehalten haben. Das oberste Organ überprüft stichprobenartig und in einer der Grösse und Struktur der Vorsorgeeinrichtung angemessenen Weise, ob die in der Erklärung gemachten Angaben korrekt sind.¹⁵¹

5. Stand der Arbeiten

Mit einigen Korrekturen hat der Ständerat die Vorlage in der Herbstsession 2008 gutgeheissen. Unter anderem wurde Art. 51a um Abs. 5 und 6 ergänzt, welche Präzisierungen für Vorsorgeeinrichtungen in Form einer Genossenschaft und öffentlich-rechtliche Vorsorgeeinrichtungen vorsehen. Zudem strich der Rat den nach seiner Ansicht zu subjektiven Begriff des «guten Rufs» von Führungspersonen und Vermögensverwaltern in Art. 51b Abs. 1.¹⁵²

¹⁵¹ BBl 2007 5703.

¹⁵² Vgl. zum Ganzen Amtl. Bull. SR 2008 564 ff.

versicherungstechnischer und anlagentechnischer Sicht zu erzielen.⁷³ Diese Forderungen hängen mit den Erkenntnissen aus der Unterdeckungs-Problematik zusammen. Zugleich wird vermehrt erkannt, dass die beiden Kontrollorgane gemäss Art. 53 BVG noch brachliegendes Potenzial haben, das in Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde und mit dem Führungsorgan der Vorsorgeeinrichtung nützlich gemacht werden kann.⁷⁴ Entsprechend ist zu erwarten, dass die Kontrollstelle und der Experte für berufliche Vorsorge in näherer Zukunft eine weitere Aufwertung erfahren werden und die Kontrollpyramide der beruflichen Vorsorge dadurch weiter verbessert wird.⁷⁵

⁷³ SOMMA, Erwartungen, 39; RYTER/STEINER, Kontrollorgane, 31.

⁷⁴ Etwa für die Setzung von aufsichtsrechtlichen Standards (z.B. bezüglich Deckungsgrad oder in der Beratung und Unterstützung der Führungsorgane (z.B. bei der Formulierung von Reglementen). Vgl. etwa SOMMA, Erwartungen, 38 f.; RYTER/STEINER, Kontrollorgane, 31.

⁷⁵ Inwieweit die Kontrollpyramide und die Rollen der einzelnen Akteure darin durch die Expertenkommission «Optimierung der Aufsicht in der beruflichen Vorsorge» beeinflusst werden, bleibt abzuwarten (vgl. dazu KOTTMANN, Expertenkommission, insbes. 367 ff.).

Art. 53a

Ausführungsbestimmungen des Bundesrates

Dispositions d'exécution du Conseil fédéral

Disposizioni d'esecuzione del Consiglio federale

Der Bundesrat erlässt Bestimmungen:

- a. zur Vermeidung von Interessenkonflikten zwischen den Destinatären und Personen, welche mit der Vermögensverwaltung betraut sind;
- b. über die Anforderungen, welche Personen erfüllen müssen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind;
- c. über die Offenlegung von Vermögensvorteilen dieser Personen, welche sie in Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit für die Vorsorgeeinrichtungen erzielt haben.

Le Conseil fédéral édicte des dispositions:

- a. pour empêcher les conflits d'intérêt entre les destinataires et les gestionnaires de fortune;
- b. sur les exigences auxquelles doivent satisfaire les personnes qui gèrent les placements et l'administration de la fortune;
- c. sur l'obligation de publier les avantages financiers de ces personnes, obtenus en relation avec leur activité pour les institutions de prévoyance.

Il Consiglio federale emana disposizioni:

- a. per impedire i conflitti d'interesse tra i destinatari e gli amministratori del patrimonio;
- b. sulle esigenze che le persone incaricate di investire e amministrare il patrimonio devono soddisfare;
- c. sull'obbligo di pubblicare i vantaggi finanziari che queste persone ottengono in relazione alla loro attività per gli istituti di previdenza.

Inhaltsverzeichnis

	Note	Seite
I. Grundlagen	1	832
1. Entstehung	1	832
2. Zweck und Anwendungsbereich	3	832
II. Vermeidung von Interessenkonflikten (Bst. a)	5	833
III. Anforderungen an Vermögensverwalter (Bst. b)	12	835
IV. Offenlegung von persönlichen Vermögensvorteilen (Bst. c)	13	835
V. Aufgaben des obersten Organs (Art. 49a Abs. 2 Bst. c und d und Abs. 3 BVV 2)	14	836
VI. Kontrolle	15	837
VII. Folgen bei Missbrauch	16	837

Literaturverzeichnis

PETITPIERRE-SAUVAIN ANNE, *Introduction*, in: Trigo Trindade Rita/Anderson Martin (Hrsg.), *Institutions de prévoyance: devoirs et responsabilité civile*, Genève/Zürich/Bâle 2006, 1 ff.; SAUTER ROLAND/ULLMANN EMMANUEL, *Loyalität* in der Vermögensverwaltung bei Vorsorgeeinrichtungen. Haben die Vorsorgeeinrichtungen ihre Hausaufgaben gemacht?, ST 2006, 927 ff.; sowie zentrales Literaturverzeichnis.

I. Grundlagen**1. Entstehung**

- 1 Art. 53a BVG wurde im Rahmen der 1. BVG-Revision ins Gesetz aufgenommen und steht seit dem 1. Januar 2005 in Kraft. Die Bestimmung war im bundesrätlichen Gesetzesentwurf noch nicht vorgesehen. Sie wurde erst in den parlamentarischen Beratungen auf Antrag des Nationalrates debattiert.¹ Im Ständerat wurde der nationalrätliche Vorschlag dahingehend abgeändert, dass die einzelnen Bereiche, in denen Ausführungsbestimmungen erlassen werden sollen, in Bst. a–c näher umschrieben wurden.²
- 2 Mit dem Erlass der neuen Bestimmungen in der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) in den Art. 48f (Interessenkonflikte und Vermögensvorteile), Art. 48g (Persönliche Vermögensvorteile: Offenlegung), Art. 48h (Anforderungen an Vermögensverwalter) sowie in aArt. 49a Abs. 3 und 4, in der bis am 31. Dezember gültigen Fassung, welche die Vorsorgeeinrichtungen verpflichten, im vorsorgeinternen Regelwerk entsprechende Vorschriften zu schaffen, hat der Bundesrat die Vorgaben des Gesetzes umgesetzt. Diese Bestimmungen wurden mit Änderung der BVV 2 vom 18. August 2004 eingefügt und standen seit dem 1. Januar 2005 in Kraft.³ Mit der Änderung vom 19. September 2008, in Kraft seit 1. Januar 2009, wurde aAbs. 3 in den Aufgabenkatalog des obersten Organs in Art. 49a Abs. 2 Bst. c und d aufgenommen, während aAbs. 4 neu in Abs. 3 von Art. 49a BVV 2 geregelt wird.

2. Zweck und Anwendungsbereich

- 3 Mit der Aufnahme von Art. 53a BVG ins Gesetz reagierte der Gesetzgeber auf verschiedene Unklarheiten über Vermögensanlagen und -erträge.⁴ Insbesondere soll mit den neuen Bestimmungen zur Loyalität in der Vermögensverwaltung den Destinatären die Sicherheit gegeben werden, dass die von ihnen ange-

¹ BBl 2000, 2637; Amtl. Bull. NR 2002, 552.

² Amtl. Bull. SR 2002, 1049.

³ AS 2004, 4287 f., 4653.

⁴ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1477.

sparten Vorsorgevermögen ausschliesslich gemäss dem Vorsorgezweck verwendet und Missbräuche bei der Vermögensverwaltung verhindert werden.⁵

Die Bestimmungen richten sich an Personen und Institutionen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind. Dabei ist es unerheblich, ob diese Personen Angestellte oder Organe der Vorsorgeeinrichtung sind oder in einem Auftragsverhältnis zu ihr stehen.⁶ Sie konkretisieren die Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechtes bzw. des Auftrags- und Kommissionsrechtes und gehen diesen als *leges speciales* vor.⁷

II. Vermeidung von Interessenkonflikten (Bst. a)

In Art. 53a Bst. a BVG wird dem Bundesrat die Kompetenz erteilt, zur Vermeidung von Interessenkonflikten zwischen Destinatären und Personen, die mit der Vermögensverwaltung betraut sind, Bestimmungen zu erlassen. Die vom Bundesrat erlassene Verordnungsbestimmung (Art. 48f BVV 2) entspricht sinngemäss Art. 5 des Verhaltenskodex in der beruflichen Vorsorge.⁸ Ganz allgemein verboten ist das Entgegennehmen von Leistungen, ohne dass dies bekannt ist oder ohne wirtschaftlichen Grund, um einen nicht geschuldeten Vorteil zu erlangen (z.B. sogenannte Kickbacks, Schubladengeschäfte oder Kollektivgeschäfte).⁹ Die Kommissionen, welche Vermögensverwaltern in Ausübung ihrer Tätigkeit für die Vorsorgeeinrichtung zufließen, gehören grundsätzlich der Vorsorgeeinrichtung, weil die Vermögensverwalter von dieser für ihre Tätigkeit entschädigt werden.¹⁰ Art. 48f BVV 2 entspricht auch den in Richtlinien, Kreisschreiben und anderen Verhaltensregeln aufgestellten Normierungen, welche für die Finanzmärkte und die Vermögensverwaltung gelten.¹¹

Art. 48f Abs. 1 BVV 2 schliesst grundsätzlich Eigengeschäfte der mit der Vermögensverwaltung beauftragten Personen nicht aus, sofern solche Eigengeschäfte durch die Vorsorgeeinrichtung nicht ausdrücklich untersagt worden sind oder miss-

⁵ SCHILTKECHT, Loyalität, 72.

⁶ BRECHBÜHL, Umsetzungsprobleme, 54.

⁷ BRECHBÜHL, Umsetzungsprobleme, 54.

⁸ STIFTUNG VERHALTENSKODEX IN DER BERUFLICHEN VORSORGE, Verhaltenskodex in der beruflichen Vorsorge vom 4. Mai 2000 (nachfolgend « Verhaltenskodex »).

⁹ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 75/2004, Rz. 444, 29; BSV, Änderung der BVV 2 – Erläuterungen (im Internet abrufbar unter: www.bsv.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/archiv/presse/2004/d/0407020102.pdf; zuletzt besucht am 6. Juni 2008), 15.

¹⁰ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 75/2004, Rz. 444, 29; BSV, Änderung der BVV 2 – Erläuterungen, 15 f.; der Verhaltenskodex untersagt dagegen die Entgegennahme solcher Leistungen nicht ausdrücklich (Kommentar zum Verhaltenskodex, N 3 zu Art. 7).

¹¹ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 75/2004, Rz. 444, 29; BSV, Änderung der BVV 2 – Erläuterungen, 16.

bräuchlich sind. Was Eigengeschäfte sind, wird in der BVV 2 nicht näher umschrieben. Der Verhaltenskodex definiert Eigengeschäfte als sämtliche Transaktionen mit Anlageinstrumenten, welche mit der Anlage, Verwaltung und Beratung von Vorsorgevermögen betraute Personen auf eigene Rechnung tätigen. Eigengeschäften gleichgestellt sind Transaktionen, welche für Dritte vorgenommen werden, sofern es sich bei diesen Dritten nicht um die Arbeitgeberfirma oder mit dieser verbundene Unternehmen handelt.¹² Gemäss dem Kommentar zum Verhaltenskodex ist dabei die Absicht des Handelnden, für sich oder für Dritte einen Nutzen zu erzielen, welchen er ohne seine spezifische Stellung im Dienst der Vorsorgeeinrichtung nicht hätte erzielen können, von zentraler Bedeutung. Nicht von Belang ist hingegen, ob der gewünschte Erfolg (individueller Nutzen) eintritt.¹³

- 7 In Abs. 2 von Art. 48f BVV 2 werden Verhaltensweisen definiert, die missbräuchlich sind, auch wenn daraus keine Vermögensvorteile resultieren. Es handelt sich dabei um Verhaltenspflichten, deren Verletzung zu einer Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB führen kann.¹⁴ Unzulässig sind namentlich folgende Handlungen:
- 8 Bst. a: Verboten ist das Ausnützen eines kursrelevanten Informationsvorsprungs zur Erlangung eines Börsenvorteils. Gemäss dem Kommentar zum Verhaltenskodex muss dabei die verwendete Information geeignet sein, den Kurs von Wertpapieren oder anderen Effekten in spürbarer Weise zu beeinflussen. Ausser Betracht bleiben Informationen, die auf die Kursbildung offensichtlich keinen oder nur einen geringen Einfluss haben können.¹⁵
- 9 Bst. b: Verboten ist das Handeln mit einem Titel oder mit einer Anlage, solange die Vorsorgeeinrichtung damit handelt und dieser daraus ein Nachteil entstehen kann. Ebenfalls nicht erlaubt ist die Teilnahme an solchen Geschäften in anderer Form. Gemäss dem Kommentar zum Verhaltenskodex bedeutet Handeln eine aktive Bewirtschaftung des Vermögens, d.h. Kauf in der Absicht des (kurzfristigen) Wiederverkaufs, und nicht das Halten bereits früher getätigter oder beschlossener Anlagen.¹⁶
- 10 Bst. c: Verboten ist zudem das Tätigen von Anlagen in Kenntnis von geplanten oder beschlossenen Transaktionen der Vorsorgeeinrichtungen (front running).
- 11 Abs. 3 von Art. 48f BVV 2 erlaubt das Tätigen von Parallelanlagen (parallel running), sofern der Vorsorgeeinrichtung daraus keine Nachteile erwachsen. Es handelt sich dabei um Anlagen, die nicht unter Ausnützung eines Informationsvorsprungs (front running), sondern zeitgleich mit denjenigen der Vorsorgeeinrich-

¹² Art. 2 Bst. d Verhaltenskodex.

¹³ Kommentar zum Verhaltenskodex, N 4 zu Art. 2.

¹⁴ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 75/2004, Rz. 444, 29; BSV, Änderung der BVV 2 – Erläuterungen, 16.

¹⁵ Kommentar zum Verhaltenskodex, N 2 zu Art. 5.

¹⁶ Kommentar zum Verhaltenskodex, N 3 zu Art. 5.

tung getätigt werden.¹⁷ Erwächst der Vorsorgeeinrichtung hingegen ein Nachteil, so handelt es sich wiederum um einen Verstoß gegen eine Verhaltenspflicht, welche bei gegebenen Voraussetzungen zu einer Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB führen kann.¹⁸

III. Anforderungen an Vermögensverwalter (Bst. b)

Nach Art. 53a Bst. b BVG erlässt der Bundesrat Bestimmungen über die Anforderungen, welche Personen erfüllen müssen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind. Die Konkretisierung dieser Regelung erfolgt in Art. 48h BVV 2. Diese Bestimmung schreibt vor, dass die Vorsorgeeinrichtung nur Personen und Institutionen mit der Anlage und Verwaltung ihres Vorsorgevermögens betrauen darf, welche dazu befähigt und so organisiert sind, dass sie für die Einhaltung der Vorschriften von Art. 48f und 48g BVV 2 Gewähr bieten. Dieser Artikel zielt vor allem auf jene Vorsorgeeinrichtungen, die ihr Vermögen selbst verwalten oder die Vermögensverwaltung Institutionen übertragen, welche keinem einschlägigen Finanzmarktgesetz (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. c Bankengesetz, Art. 14 Abs. 1 Bst. a Kollektivanlagengesetz, Art. 3 Abs. 2 Bst. b und Art. 10 Abs. 2 Bst. d Börsengesetz, Art. 14 Abs. 2 Bst. c Geldwäschereigesetz) unterstehen.¹⁹ Es handelt sich dabei um eine analoge Anwendung der in diesen Finanzmarktgesetzen bestehenden Anforderungen.²⁰

IV. Offenlegung von persönlichen Vermögensvorteilen (Bst. c)

Nach Art. 53a Bst. c BVG erlässt der Bundesrat Bestimmungen über die Offenlegung von Vermögensvorteilen von Personen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind, welche sie im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit für die Vorsorgeeinrichtungen erzielt haben. Die Umsetzung dieser Bestimmung erfolgt in Art. 48g BVV 2. Diese Norm entspricht mit Ausnahme der jährlichen schriftlichen Offenlegungspflicht sinngemäss Art. 7 Verhaltenskodex. Danach haben Personen und Institutionen, die mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind, dem paritätischen Organ jährlich eine schriftliche Erklärung darüber abzugeben, ob und welche persönlichen Vermögensvorteile sie im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Tätigkeit für

¹⁷ SCHILTKNECHT, Loyalität, 76.

¹⁸ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 75/2004, Rz. 444, 30; BSV, Änderung der BVV 2 – Erläuterungen, 16; SCHILTKNECHT, Loyalität, 76.

¹⁹ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 75/2004, Rz. 444, 31; BSV, Änderung der BVV 2 – Erläuterungen, 17.

²⁰ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 75/2004, Rz. 444, 31; BSV, Änderung der BVV 2 – Erläuterungen, 17.

die Vorsorgeeinrichtung entgegengenommen haben.²¹ Personen, welche für die Vorsorgeeinrichtung tätig werden, sind gehalten, Kommissionen und andere geldwerte Vorteile, welche sie im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit erhalten haben, an die Vorsorgeeinrichtung zu überweisen.²² Gemäss dem Kommentar zum Verhaltenskodex soll mit der Offenlegung bewirkt werden, dass solche Vermögensvorteile an die Vorsorgeeinrichtung weitergeleitet werden.²³ Nicht offenkundigspflichtig sind Bagatell- und übliche Gelegenheitsgeschenke.²⁴ Personen und Einrichtungen, auf welche das Bankengesetz anwendbar ist, brauchen die jährliche schriftliche Erklärung nicht abzugeben.²⁵ Diese Ausnahme ergibt sich daraus, dass diese Personen und Einrichtungen strikte Vorschriften zur Vermögensverwaltung einzuhalten haben, welche weiter gehen als die vorliegenden.²⁶

V. Aufgaben des obersten Organs (Art. 49a Abs. 2 Bst. c und d und Abs. 3 BVV 2)

14 Das oberste Organ hat die Aufgabe, die zur Umsetzung der Mindestvorschriften von Art. 48f–48h BVV 2 geeigneten organisatorischen Massnahmen zu treffen.²⁷ Es legt dazu in einem Reglement insbesondere fest, welche diesbezüglichen Bestimmungen die Verträge der Vorsorgeeinrichtung mit den mit der Anlage und Verwaltung ihres Vermögens betrauten Personen enthalten müssen, welche Personen welche Eigengeschäfte tätigen dürfen und welche Personen mit der Anlage und Verwaltung von Vorsorgevermögen betraut sind und somit die schriftliche Erklärung nach Art. 48g BVV 2 abzugeben haben.²⁸ Das oberste Organ legt zudem die Anforderungen fest, welche die Personen und Einrichtungen, die das Vermögen der Vorsorgeeinrichtung anlegen und verwalten, erfüllen müssen.²⁹ Beim Erlass dieser Vorschriften kann sich das oberste Organ auf Normen und Regelwerke von anerkannten Organisationen und Verbänden beziehen.³⁰ Solche bestehende Regelwerke sind insbesondere der Verhaltenskodex, die Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 22. Januar 1997 zu den

²¹ Art. 48g Satz 1 BVV 2.

²² BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 75/2004, Rz. 444, 30; BSV, Änderung der BVV 2 – Erläuterungen, 16; PETITPIERRE-SAUVAIN, Introduction, 8 f.

²³ Kommentar zum Verhaltenskodex, N 3 zu Art. 7.

²⁴ Art. 48g Satz 2 BVV 2.

²⁵ Art. 48g Satz 3 BVV 2.

²⁶ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 75/2004, Rz. 444, 30; BSV, Änderung der BVV 2 – Erläuterungen, 16; PETITPIERRE-SAUVAIN, Introduction, 9.

²⁷ Art. 49a Abs. 2 Bst. c.

²⁸ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 75/2004, Rz. 444, 31; BSV, Änderung der BVV 2 – Erläuterungen, 17; SCHILTKNECHT, Loyalität, 78.

²⁹ Art. 49a Abs. 2 Bst. d.

³⁰ Art. 49a Abs. 3 BVV 2.

Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandels-geschäfts³¹ oder das Handbook of Best Practice der Swiss Financial Analysts Association SFAA^{32, 33}.

VI. Kontrolle

Die Einhaltung der Loyalität in der Vermögensverwaltung wird durch die 15 Kontrollstelle jährlich geprüft (Art. 53 Abs. 5 BVG i.V.m. Art. 35 Abs. 1 Bst. c BVV 2). Die Aufgabe der Kontrollstelle beschränkt sich dabei auf die Kontrolle der formellen Kriterien. Sie hat zu überprüfen, ob die Vorsorgeeinrichtung die entsprechenden Bestimmungen erlassen hat und umsetzt. Es ist beispielsweise Aufgabe der Kontrollstelle zu überprüfen, ob die Erklärung über Vermögensvorteile vorliegt; sie hat aber nicht zu prüfen, ob die Angaben auch richtig und vollständig sind.³⁴ Die Kontrollstelle muss dem obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung schriftlich über das Ergebnis ihrer Prüfung berichten. Stellt die Kontrollstelle bei der Prüfung Verstösse gegen Gesetz, Verordnung, Weisungen oder Reglemente fest, so hält sie dies in ihrem Bericht fest.³⁵

VII. Folgen bei Missbrauch

16 Wird die Vorsorgeeinrichtung durch den Missbrauch am Vermögen geschädigt, kommt die Haftung gemäss Art. 52 BVG zum Zug.³⁶ Gegebenenfalls kann auch eine ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB vorliegen. Ist kein Schaden nachweisbar, kann die Person, die als Organ oder Funktionär ihre Stellung zu ihrem Vorteil missbraucht hat, aufgrund von Art. 76 BVG belangt werden.³⁷ Art. 76 Abs. 4 BVG, welcher die Bestrafung von Inhabern oder Mitgliedern einer Kontrollstelle oder von anerkannten Experten für die berufliche Vorsorge vorsieht, welche die Pflichten nach Art. 53 BVG in grober Weise verletzen, bezieht sich auch auf Art. 53a BVG und Art. 48f–48h, 49a Abs. 2 Bst. c und d und Abs. 3 und 4 BVV 2.³⁸

³¹ Im Internet abrufbar unter: www.swissbanking.org/8019_d.pdf (zuletzt besucht am 6. November 2009).

³² Im Internet abrufbar unter: www.sfaa.ch/de/handbook.asp (zuletzt besucht am 6. Juni 2008).

³³ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 75/2004, Rz. 444, 31 f.; BSV, Änderung der BVV 2 – Erläuterungen, 18.

³⁴ BRECHBÜHL, Umsetzungsprobleme, 58; SAUTER/ULLMANN, Loyalität, 927 f.

³⁵ Art. 35 Abs. 3 BVV 2.

³⁶ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 2 N 79; VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Art. 53c BVG N 2.

³⁷ VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Art. 53c BVG N 2.

³⁸ RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, § 10 N 4.

7. Abschnitt: Anwendbarkeit des BVG

Art. 25

Grundsatz

Die Bestimmungen des BVG betreffend die systematische Verwendung der Versichertennummer der AHV, die Rechtspflege, das Bearbeiten und die Bekanntgabe von Personendaten, die Akteneinsicht, die Schweigepflicht sowie die Amts- und Verwaltungshilfe sind sinngemäss anwendbar.

Principe

Les dispositions de la LPP sur l'utilisation systématique du numéro d'assuré AVS, le contentieux, le traitement et la communication de données personnelles, la consultation du dossier, l'obligation de garder le secret et l'entraide administrative sont applicables par analogie.

Principio

Le disposizioni della LPP concernenti l'utilizzazione sistematica del numero d'assicurato dell'AVS, il contenzioso, il trattamento e la comunicazione di dati personali, la consultazione degli atti, l'obbligo del segreto, nonché l'assistenza amministrativa si applicano per analogia.

Inhaltsverzeichnis

Note

Seite

I.	Entstehung.....	1	1674
II.	Rechtspflegebestimmungen.....	5	1675
III.	Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten	6	1675
IV.	Systematische Verwendung der Versichertennummer der AHV	11	1677

I. Entstehung

¹ Art. 25 FZG ist auf den 1. Januar 1995 in Kraft getreten.¹ Die Bestimmung war bereits mit folgendem Wortlaut im Gesetzesentwurf der bundesrätlichen Botschaft enthalten: «Bei Streitigkeiten gelten die Bestimmungen von Artikel 73 und 74 BVG.»² Die Norm wurde in den parlamentarischen Beratungen von den Räten ohne inhaltliche Änderung übernommen.³

² Im Zusammenhang mit der Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 26. Juni 1998 (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft, Ehevermittlung),

¹ BRB vom 3. Oktober 1994 (AS 1994 2394).

² BBl 1992 III 601, 643.

³ Amtl. Bull. NR 1992, 2459; Amtl. Bull. SR 1993, 571; BBl 1993 IV 573.

in Kraft seit 1. Januar 2000, wurde Art. 25 FZG durch die Sachüberschrift «Anwendbarkeit des BVG» ergänzt.⁴

Im Rahmen der Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in den Sozialversicherungen wurde Art. 25 FZG durch den Verweis auf die Bestimmungen des BVG über das Bearbeiten und die Bekanntgabe von Personendaten, die Akteneinsicht, die Schweigepflicht sowie die Amts- und Verwaltungshilfe, welche sinngemäss anwendbar sind, ergänzt (Änderung vom 23. Juni 2000, in Kraft seit 1. Januar 2001). Zudem wurde der Titel Anwendbarkeit des BVG zur Bezeichnung des 7. Titels verwendet, während Art. 25 FZG ohne Überschrift blieb.⁵

Mit der Änderung vom 23. Juni 2006 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, in Kraft seit 1. Dezember 2007, wurde der Verweis auf die systematische Verwendung der Versichertennummer der AHV hinzugefügt. Zudem trägt Art. 25 FZG seither die Überschrift «Grundsatz».⁶

II. Rechtspflegebestimmungen

Mit dem Verweis auf die Rechtspflegebestimmungen des BVG sollte eine Vereinheitlichung von Rechtsweg und Verfahren erreicht werden.⁷ Für konkrete Anwendungsstreitigkeiten, namentlich bei Streitigkeiten über die Höhe von Austritts- und Eintrittsleistungen sowie die Modalitäten der Leistungserbringung, ist der Klageweg nach Art. 73 BVG zu beschreiten.⁸ Dies gilt seit der 1. BVG-Revision auch (wieder) für Streitigkeiten mit Freizügigkeitseinrichtungen.⁹

III. Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten

Im Rahmen der Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in den Sozialversicherungen wurde Art. 25 FZG durch den Verweis auf die Bestimmungen des BVG über das Bearbeiten und die Bekanntgabe von Personendaten, die Akteneinsicht, die Schweigepflicht sowie die Amts- und Verwaltungshilfe, welche sinngemäss anwendbar

⁴ BBl 1996 I 227; AS 1999 1144, 1151.

⁵ BBl 2000 I 268; Amtl. Bull. SR 2000, 193; Amtl. Bull. NR 2000, 643; Amtl. Bull. SR 2000, 478; Amtl. Bull. NR 2000, 853; AS 2000, 2693 f.; BBl 2000 I 3575 f.

⁶ BBl 2006 512 f.; AS 2007 5263, 5268.

⁷ BBl 1992 III 601.

⁸ AMT FÜR BERUFLICHE VORSORGE DES KANTONS ZÜRICH, Handbuch, 38. Siehe auch die Kommentierung von Art. 73 BVG.

⁹ Siehe den Kommentar zu Art. 26 FZG, N 9.

sind, ergänzt. Das am 1. Juli 1993 in Kraft gesetzte Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), welches den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen bezweckt, deren Daten bearbeitet werden, verlangt in Art. 17 Abs. 2, dass jegliche Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten nach Art. 3 Bst. c DSG oder von Persönlichkeitsprofilen nach Art. 3 Bst. d DSG durch Bundesstellen ausdrücklich in einem formellen Gesetz festgelegt ist. Für die Rechtssicherheit und zwecks Vereinfachung der Gesetzessprache war es in diesem Zusammenhang zudem notwendig, Bestimmungen wie beispielsweise die Schweigepflicht und die entsprechenden Ausnahmen, die in allen Sozialversicherungsgesetzen und -verordnungen zu finden sind, zu vereinheitlichen. Die Bundesversammlung hat daher am 23. Juni 2000 die verschiedenen Änderungen der Sozialversicherungsgesetze im Bereich Personendatenbearbeitung verabschiedet.¹⁰

- 7 Diese Bestimmungen sind am 1. Januar 2001 in Kraft getreten. Für die berufliche Vorsorge bedeutete dies die Einführung bzw. Anpassung der Art. 85a BVG (Bearbeiten von Personendaten), Art. 85b BVG (Akteneinsicht), 86 BVG (Schweigepflicht), Art. 86a BVG (Datenbekanntgabe) und Art. 87 BVG (Amts- und Verwaltungshilfe).¹¹
- 8 Artikel 85a BVG regelt die Bearbeitung von Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Daten und Persönlichkeitsprofile, deren Kenntnis und Bearbeitung für die mit der Durchführung des BVG betrauten Organe in gesonderten Fällen sichergestellt sein müssen. Dies gilt zum Beispiel für Vorsorgeeinrichtungen im Zusammenhang mit der Berechnung und Erhebung von Beiträgen, der Berechnung von Leistungen oder auch der Leistungskoordination mit den anderen Sozialversicherungsbereichen, um eine Überversicherung zu vermeiden.¹²
- 9 In Artikel 85b BVG geht es um die Akteneinsicht und damit um die Aufhebung der Schweigepflicht gegenüber ausdrücklich berechtigten Personen oder Behörden, insbesondere gegenüber der versicherten Person selber. In Artikel 86 BVG wird die Schweigepflicht geregelt. Artikel 86a BVG bezieht sich auf die Datenbekanntgabe. Es wird unterschieden zwischen einer Datenbekanntgabe im Einzelfall auf schriftliches und begründetes Gesuch hin sowie Fällen, in denen Daten ohne Weiteres oder auf Anfrage hin bekannt gegeben werden dürfen.¹³ Art. 87 BVG ist zu einer allgemeinen Bestimmung über die Amtshilfe erweitert worden und hält die Auskunftspflicht an die mit der Durchführung des BVG betrauten Organe fest.¹⁴

¹⁰ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 53/2000 Nr. 310; BBI 2000 255 ff., 283 ff.; AS 2000 2689 ff.

¹¹ Siehe die Kommentierungen aller dieser Bestimmungen.

¹² BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 53/2000 Nr. 310.

¹³ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 53/2000 Nr. 310.

¹⁴ BBI 2000 267 f., 283 ff.; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 53/2000 Nr. 310.

Im Zusammenhang mit dieser Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in den Sozialversicherungen wurde Art. 25 FZG durch den Verweis auf diese Bestimmungen des BVG, welche sinngemäss anwendbar sind, ergänzt.¹⁵

IV. Systematische Verwendung der Versichertennummer der AHV

Art. 25 FZG wurde im Zusammenhang mit der Revision des AHV-Gesetzes zur Einführung der neuen AHV-Versichertennummern (Änderung vom 23. Juni 2006) um die Verweisung auf die Bestimmungen des BVG betreffend die systematische Verwendung der Versichertennummer der AHV ergänzt.¹⁶ Diese Änderung ist auf den 1. Dezember 2007 in Kraft getreten.¹⁷ Mit dieser Ergänzung sollte ebenfalls der im DSG enthaltene Forderung Rechnung getragen werden, wonach Organe des Bundes Personaldaten nur bearbeiten dürfen, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht (Legalitätsprinzip).¹⁸

Die Vorlage enthielt für alle in der Sozialversicherung tätigen Institutionen und Stellen eine Ermächtigung, die neue AHV-Versichertennummer systematisch zu verwenden, um im Bereich der sozialen Sicherheit die Koordination zu erleichtern und so eine klare Rechtsgrundlage für den Einsatz der Nummer in der Sozialversicherung zu schaffen.¹⁹ Mit der Verweisung in Art. 25 FZG auf die Bestimmungen des BVG wird auch für Freizügigkeitseinrichtungen dem Legalitätsprinzip Rechnung getragen.²⁰

¹⁵ BBI 2000 268, 287.

¹⁶ BBI 2006 529; AS 2007 5268.

¹⁷ AS 2007 5259 ff., 5263.

¹⁸ BBI 2006 510.

¹⁹ BBI 2006 502, 507.

²⁰ Siehe zum Ganzen BBI 2006 501 ff., insbes. 529; für die im Obligatorium tätigen Vorsorgeeinrichtungen wurde die gesetzliche Grundlage in Art. 48 Abs. 4 BVG, für die im Überobligatorium tätigen Vorsorgeeinrichtungen in Art. 49 Abs. 2 Ziff. 6a BVG und Art. 89^{bis} Abs. 6 Ziff. 5a ZGB geschaffen.

k. Inkraftsetzungsdatum für das Barauszahlungsverbot

- 31 Im Personenverkehrsabkommen konnte eine *fünfjährige Übergangsfrist* vereinbart werden (Art. 25f Abs. 2 und Abs. 3 FZG). Da das Freizügigkeits- und das geänderte Freihandelsabkommen am 1. Juni 2002 in Kraft getreten sind, ist somit die Barauszahlung ab dem *1. Juni 2007* nicht mehr möglich. Mit Bezug auf die 10 Staaten der EU-Osterweiterung (Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechische Republik, Ungarn und Zypern) lief die Übergangsfrist ebenfalls Ende Mai 2007 ab.²¹ Erst nach Ablauf dieser Frist ist die Barauszahlung grundsätzlich nicht mehr möglich.²²
- 32 Für Bulgarien und Rumänien gilt das Barauszahlungsverbot seit dem 1. Juni 2009.
- 33 Zweck dieser Übergangsregelung war es, den Versicherten, und namentlich den ausländischen Gastarbeitern, genügend Zeit zu lassen, sich auf die neue Rechtslage einzustellen. Damit sollte eine erneute Unruhe unter den ausländischen Versicherten vermieden werden, wie sie 1992 vor der EWR-Abstimmung entstanden war, als die praktisch gleiche Regelung schon einmal eingeführt werden sollte.
- 34 Massgebend für das Stichdatum ist der *Tatbestand des Verlassens der Schweiz* und nicht das Datum der Gesuchstellung um Auszahlung.²³

²¹ DÜRR, Abkommen, 34; BSV-Mitteilungen Nr. 91 Ziff. 525 und Nr. 96, Ziff. 10.

²² BSV-Mitteilungen Nr. 96, Ziff. 10.

²³ DÜRR, Abkommen, 37.

9. Abschnitt: Schlussbestimmungen

Art. 26

Vollzug

¹ Der Bundesrat erlässt die Ausführungsvorschriften und regelt die zulässigen Formen der Erhaltung des Vorsorgeschutzes.

² Er setzt den Verzugszinssatz fest und bestimmt einen Zinsrahmen für den technischen Zinssatz von mindestens einem Prozent. Bei der Bestimmung des Zinsrahmens sind die tatsächlich verwendeten technischen Zinssätze zu berücksichtigen.

³ Der Bundesrat bestimmt den Zinssatz, zu dem die im Zeitpunkt der Eheschliessung erworbenen Austritts- und Freizügigkeitsleistungen und die Einmaleinlagen für die Berechnung der aufzuteilenden Austrittsleistungen nach Artikel 22 aufgezinst werden.

Exécution

¹ Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution et réglemente les formes admises du maintien de la prévoyance.

² Il fixe le taux d'intérêt moratoire ainsi qu'une marge d'un pour cent au moins, à l'intérieur de laquelle doit être fixé le taux d'intérêt technique. La marge doit être déterminée en fonction des taux d'intérêt technique réellement appliqués.

³ Le Conseil fédéral fixe le taux d'intérêt applicable aux prestations de sortie et de libre passage acquises au moment de la conclusion du mariage et aux versements uniques qui doivent porter intérêt pour le calcul des prestations de sortie à partager conformément à l'art. 22.

Esecuzione

¹ Il Consiglio federale emana le disposizioni d'esecuzione e disciplina le forme ammissibili del mantenimento della previdenza.

² Fissa il tasso d'interesse moratorio e determina un margine pari almeno all'uno per cento nei limiti del quale dev'essere fissato il tasso d'interesse tecnico. Il margine dev'essere determinato sulla scorta dei tassi d'interesse tecnico realmente applicati.

³ Per il calcolo delle prestazioni d'uscita da dividere conformemente all'articolo 22, il Consiglio federale fissa il tasso d'interesse applicabile alle prestazioni d'uscita e di libero passaggio acquisite al momento della celebrazione del matrimonio e ai versamenti unici.

Inhaltsverzeichnis

	Note	Seite
I. Entstehung.....	1	1704
II. Erlass von Ausführungsvorschriften (Abs. 1 1. Halbs.).....	3	1704
III. Zulässige Formen zur Erhaltung des Vorsorgeschutzes (Abs. 1 2. Halbs.).....	4	1705
1. Freizügigkeitspolice oder Freizügigkeitskonto.....	4	1705
2. Rechtsweg bei Streitigkeiten mit Freizügigkeitseinrichtungen.....	9	1706
3. Begrenzung der Anzahl Freizügigkeitskonten und -police.....	10	1707

IV.	Verzugszins und Zinsrahmen für den technischen Zinsfuss (Abs. 2).....	11	1707
1.	Verzugszins.....	11	1707
2.	Zinsrahmen für den technischen Zinsfuss	15	1709
V.	Zinssatz für die zu teilende Austrittsleistung bei Scheidung (Abs. 3).....	16	1710

I. Entstehung

- ¹ Die Bestimmung war bereits im Gesetzesentwurf der bundesrätlichen Botschaft vorgesehen.¹ In den parlamentarischen Beratungen wurde Abs. 2 auf Antrag der nationalrätlichen Kommission insoweit geändert, als anstelle eines einheitlichen technischen Zinssatzes, wie dies der Bundesrat vorgesehen hatte, ein Zinsrahmen von mindestens einem Prozent festgelegt wurde.² Ein Antrag der ständerätlichen Kommission, den Zinsrahmen für den technischen Zinssatz auf höchstens ein Prozent festzuschreiben, blieb im Nationalrat ohne Chance.³ Abs. 1 und 2 von Art. 26 FZG sind mit dem heute geltenden Wortlaut auf den 1. Januar 1995 in Kraft getreten.⁴
- ² Im Zusammenhang mit der Änderung des Zivilgesetzbuches vom 26. Juni 1998 (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft, Ehevermittlung), in Kraft seit 1. Januar 2000, wurde Abs. 3 zu Art. 26 FZG hinzugefügt.⁵

II. Erlass von Ausführungsvorschriften (Abs. 1 1. Halbs.)

- ³ Abs. 1 1. Halbs. von Art. 26 FZG delegiert dem Bundesrat die Aufgabe, die nötigen Ausführungsvorschriften zu erlassen. Dieser Aufgabe ist der Bundesrat mit dem Erlass der Verordnung über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsverordnung, FZV) vom 3. Oktober 1994 nachgekommen.

¹ BBl 1992 III 602, 644.

² Amtl.Bull. NR 1992, 2459.

³ Amtl.Bull. SR 1993, 571; Amtl.Bull. NR 1993, 1705 ff.; Amtl.Bull. SR 1993, 878 f.

⁴ BRB vom 3. Oktober 1994 (AS 1994 2394).

⁵ BBl 1996 I 227; AS 1999 1144, 1151.

III. Zulässige Formen zur Erhaltung des Vorsorgeschutzes (Abs. 1 2. Halbs.)

1. Freizügigkeitspolice oder Freizügigkeitskonto

Treten Versicherte nicht unmittelbar in eine neue Vorsorgeeinrichtung über, weil sie einen Lohn erzielen, der unter dem BVG-Mindestlohn liegt, oder weil sie keine neue versicherte Beschäftigung ausüben, haben sie ihrer Vorsorgeeinrichtung mitzuteilen, in welcher zulässigen Form sie den Vorsorgeschutz erhalten wollen.⁶ Das FZG enthält keine Bestimmung über die Formen der Vorsorgeschutzerhaltung, sondern delegiert die materielle Regelungskompetenz in Art. 26 Abs. 1 2. Halbs. FZG dem Bundesrat. Der Bundesrat hat die Möglichkeiten zur Erhaltung des Vorsorgeschutzes in Art. 10 FZV konkretisiert.

Danach wird der Vorsorgeschutz durch eine Freizügigkeitspolice bei einer Versicherungseinrichtung oder durch ein Freizügigkeitskonto bei einer Bank erhalten.⁷ Diese Aufzählung ist abschliessend.⁸ In den Abs. 2 und 3 von Art. 10 FZV werden diese beiden Formen näher definiert.

Bei der Freizügigkeitspolice nach Art. 10 Abs. 2 FZV handelt es sich um eine Versicherung, die eine Grundversicherung für Alter, Tod und Invalidität enthält und die durch eine von den Versicherten frei wählbare Zusatzversicherung für die Risiken Tod und Invalidität ergänzt werden kann. Solche Freizügigkeitspolice können bei einer privaten oder öffentlich-rechtlichen Versicherungseinrichtung oder einer Gruppe von Versicherungseinrichtungen (Pool) abgeschlossen werden.⁹

Das in Art. 10 Abs. 3 FZV definierte Freizügigkeitskonto ist auf das Sparen ausgerichtet und kann wahlweise durch eine Risikoversicherung ergänzt werden. Freizügigkeitskonti können nur durch besondere, zu diesem Zweck gegründete, Stiftungen angeboten werden, beispielsweise durch Freizügigkeitsstiftungen von Banken.¹⁰

Mit der Unterstellung unter die Versicherungsaufsicht oder das Bankengesetz wird ein erhöhter Schutz für die Vorsorgegelder bezweckt.¹¹ Nicht mehr zulässig ist somit das Führen eines Freizügigkeitskontos durch eine Vorsorgeeinrich-

⁶ Art. 4 Abs. 1 FZG.

⁷ Art. 10 Abs. 1 FZV.

⁸ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 30/1994, Erläuterungen zur Freizügigkeitsverordnung, Art. 10 Abs. 1, 12; AMT FÜR BERUFLICHE VORSORGE DES KANTONS ZÜRICH, Handbuch, 48.

⁹ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 30/1994, Erläuterungen zur Freizügigkeitsverordnung, Art. 10 Abs. 2, 13.

¹⁰ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 30/1994, Erläuterungen zur Freizügigkeitsverordnung, Art. 10 Abs. 3, 13.

¹¹ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1082.

tung.¹² Bis zum Inkrafttreten der Verordnung über die Erhaltung des Vorsorgeschutzes und die Freizügigkeit am 1. Januar 1987¹³ wurde diese Praxis geduldet.¹⁴ Möglich ist aber nach Art. 47 Abs. 1 BVG die Weiterführung der Vorsorge bei der bisherigen Vorsorgeeinrichtung, sofern deren Reglement eine solche externe Mitgliedschaft vorsieht.¹⁵

2. Rechtsweg bei Streitigkeiten mit Freizügigkeitseinrichtungen

9 Anfänglich hatte das Eidgenössische Versicherungsgericht bei Streitigkeiten zwischen Anspruchsberechtigten und Freizügigkeitseinrichtungen seine Zuständigkeit und damit das Beschreiten des Rechtsweges nach Art. 73 BVG bejaht.¹⁶ Später änderte es seine Rechtsprechung. Mit der Argumentation, dass Freizügigkeitseinrichtungen keine den Bestimmungen über die obligatorische Vorsorge entsprechenden Leistungen bei Eintritt eines versicherten Risikos (Invalidität, Tod, Alter) erbringen und ebenso wenig nach den Bestimmungen des BVG organisiert, finanziert und verwaltet seien, weder der Vorschrift über die paritätische Verwaltung gemäss Art. 51 BVG noch der Kontrolle gemäss Art. 53 BVG unterstellt und beim Sicherheitsfonds gemäss Art. 56 BVG nicht rückversichert und auch nicht der Aufsichtsbehörde gemäss Art. 61 BVG unterstellt, sondern ganz gewöhnliche Stiftungen nach Art. 84 ff. ZGB seien, begründete es, dass es sich bei Freizügigkeitseinrichtungen nicht um Vorsorgeeinrichtungen im Sinne der Artikel 48 und 49 BVG bzw. 89^{bis} ZGB handle und Freizügigkeitseinrichtungen deshalb nicht in den Kreis der Personen fallen, für die der Rechtsweg nach Art. 73 BVG offensteht.¹⁷ Erst durch die am 1. Januar 2005 in Kraft getretene

¹² BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 30/1994, Erläuterungen zur Freizügigkeitsverordnung, Art. 10 Abs. 3, 13; Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 32/1995, Rz. 186.

¹³ Die Verordnung wurde mit Inkrafttreten der FZV am 1. Januar 1995 aufgehoben (Art. 21 FZV).

¹⁴ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 10/1988, Rz. 53.

¹⁵ Vgl. zur Möglichkeit einer solchen externen Mitgliedschaft: STAUFFER, Rechtsprechung, 104 ff.; VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Art. 47 BVG N. 1.

¹⁶ Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 6. März 1996 i.S. X gegen Freizügigkeitsstiftung Y und Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen (B 14/95), SVR 1996 BVG 51, 151 f. und plädoyer 3/1996, 74 f.; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 29. November 1994, SZS 1996, 161 ff.

¹⁷ Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 17. Juli 1998, E. 4 (B 34/97), SZS 1999, 50 f. und plädoyer 5/1998, 84; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 28. August 1997, E. 3f und 4, SZS 1998, 125; BGE 122 V 320, 326 f. E. 3c; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 37/1996, Rz. 218 mit Hinweis auf das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 22. Oktober 1996 in Sa. M.-L. W.–Freizügigkeitsstiftung P.; vgl. zum Ganzen: STAUFFER, Freizügigkeitsstiftungen, 233 ff.

BVG-Revision wurde Art. 73 BVG auch für Streitigkeiten mit Freizügigkeitseinrichtungen geöffnet (Art. 73 Abs. 1 Bst. a BVG).¹⁸

3. Begrenzung der Anzahl Freizügigkeitskonten und -policen

Aus steuerlichen Gründen, insbesondere zur Vermeidung der Steuerprogression, kann es sinnvoll sein, den Bezug von Austrittsleistungen auf Freizügigkeitskonten oder -policen zeitlich zu staffeln. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es zulässig ist, die Austrittsleistung zu splitten und auf mehrere Freizügigkeitskonten bzw. -policen zu überweisen. Art. 12 Abs. 1 FZV legt für die Übertragung der Austrittsleistung auf Freizügigkeitskonten oder -policen fest, dass eine Überweisung höchstens an zwei Freizügigkeitseinrichtungen erfolgen darf. Gemäss Art. 12 Abs. 2 FZV können die Versicherten jederzeit die Freizügigkeitseinrichtung oder die Form der Erhaltung des Vorsorgeschutzes wechseln. Diese Vorschrift ist gemäss ihrem Wortlaut auszulegen. Das Recht eines jederzeitigen Wechsels schliesst nicht auch das Recht auf eine Aufspaltung des Guthabens und damit eine Multiplikation der Freizügigkeitskonten oder -policen mit ein. Zu demselben Resultat gelangt man auch bei einer historischen Auslegung von Art. 12 FZV, da bei der Beschränkung bewusst auch steuerrechtliche Aspekte ausschlaggebend waren und es nicht dem Sinn dieses Artikels entspräche, wenn eine Austrittsleistung zwar nur auf eine Freizügigkeitsstiftung übertragen würde, dort aber auf eine Vielzahl von Freizügigkeitskonten aufgesplittet würde.¹⁹ Diese Beschränkungen beziehen sich auf jeweils eine Austrittsleistung. Es ist dadurch jedoch nicht ausgeschlossen, dass bei mehreren, aus verschiedenen Vorsorgeverhältnissen stammenden Austrittsleistungen jede auf je zwei Freizügigkeitseinrichtungen überwiesen werden kann.²⁰

IV. Verzugszins und Zinsrahmen für den technischen Zinsfuss (Abs. 2)

1. Verzugszins

Nach Art. 26 Abs. 2 Satz 1 hat der Bundesrat den Verzugszinssatz festzusetzen. Diesem Auftrag ist der Bundesrat mit dem Erlass von Art. 7 FZV nachge-

¹⁸ Siehe dazu BBl 2000 2682 f. und 2700; BRÜHWILER, Neuerungen, 90 f.; BRÜHWILER/WALSER, Vorsorge, 2073, N 196; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1189.

¹⁹ BGE 129 V 245, 250 E. 5.2.; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 30/1994, Erläuterungen zur Freizügigkeitsverordnung, Art. 12 Abs. 1, 13; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 53/2000, Rz. 315.

²⁰ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 53/2000, Rz. 315.

kommen.²¹ Seit der Neufassung von Art. 7 FZV vom 27. Oktober 2004, in Kraft seit 1. Januar 2005, entspricht der Verzugszinssatz dem BVG-Mindestzinssatz (Art. 15 Abs. 2 BVG i.V.m. Art. 12 BVV 2) plus einem Prozent. Art. 65d Abs. 4 BVG ist nicht anwendbar.²² Mit der Regelung des Verzugszinssatzes auf Verordnungsstufe soll eine höhere Flexibilität sichergestellt werden.²³

- 12 Bis Ende 1999 betrug der Verzugszinssatz ebenfalls ein Prozent mehr als der Mindestzinssatz gemäss Art. 12 BVV 2.²⁴ Vom 1. Januar 2000 bis 31. Dezember 2004 wurde er auf den BVG-Mindestzinssatz plus lediglich ein Viertelprozent gesenkt.^{25,26} Mit dieser Senkung wollte man die Vorsorgeeinrichtung motivieren, die Austrittsleistungen nicht allzu schnell an die Auffangeinrichtung zu überweisen, wenn der Versicherte die notwendigen Angaben, wohin die Austrittsleistung zu überweisen ist, noch nicht geliefert hatte. Durch die Überweisung an die Auffangeinrichtung konnte die Vorsorgeeinrichtung zwar Verzugszinsen vermeiden, es entstanden jedoch unsinnige Kosten, wenn die Austrittsleistung dann nur kurze Zeit nach Eingang bei der Auffangeinrichtung an die neue Vorsorgeeinrichtung oder an die vom Berechtigten gewählte Freizügigkeitseinrichtung übertragen wurde. Zudem wollte man mit dieser Zinssenkung den Vorsorgeeinrichtungen entgegenkommen, die den Verzugszins auch zu leisten hatten, wenn sie die Verzögerung nicht selber verschuldet hatten, da bis zum 31. Dezember 2004 die Fälligkeit der Austrittsleistung mit dem Austritt aus der Vorsorgeeinrichtung zusammenfiel und die Vorsorgeeinrichtung sich ab diesem Zeitpunkt in Verzug befand.²⁷
- 13 Durch den am 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Art. 2 Abs. 4 FZG wird der Verzug anders geregelt, indem Fälligkeit und Verzug nicht mehr zusammenfallen. Danach befindet sich die Vorsorgeeinrichtung erst dann in Verzug, wenn sie die fällige Austrittsleistung 30 Tage, nachdem sie alle für die Überweisung notwendigen Angaben erhalten hat, noch nicht überwiesen hat. Diese Neuregelung hatte zur Folge, dass auch der Verzugszinssatz wieder auf den BVG-Mindestzinssatz plus ein Prozent erhöht werden konnte, da nun nur noch diese Vorsorgeeinrichtungen Verzugszins bezahlen müssen, die die Verzögerung der Überweisung selbst zu verantworten haben.²⁸
- 14 In betraglicher Hinsicht ist der Verzugszins auf der Austrittsleistung samt dem reglementarischen oder gesetzlichen Zins bis zum Zeitpunkt des Beginns der

²¹ Siehe dazu auch BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 30/1994, Erläuterungen zur Freizügigkeitsverordnung, Art. 7, 12.

²² AS 2004 4643 ff.

²³ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1051.

²⁴ aArt. 7 FZV.

²⁵ aArt. 7 FZV.

²⁶ Vgl. dazu BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 47/1999, Nr. 270.

²⁷ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 75/2004, Nr. 444, 36 f.; SCHÖBI, Bundesgesetz, 1504.

²⁸ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 75/2004, Nr. 444, 37.

Verzugszinspflicht zu bezahlen.²⁹ Auf den Verzugszins sind grundsätzlich die Regeln von Art. 11 BVV 2 analog anwendbar. Danach ist das Guthaben bis Ende des Kalenderjahres pro rata temporis zu verzinsen. Am Ende des Kalenderjahres sind jeweils Zins und Kapital zu addieren. Der so ermittelte Betrag bildet Grundlage der Verzinsung im folgenden Jahr.³⁰

2. Zinsrahmen für den technischen Zinsfuss

Gemäss Art. 26 Abs. 2 FZG bestimmt der Bundesrat einen Zinsrahmen für den technischen Zinssatz von mindestens einem Prozent, wobei bei der Bestimmung des Zinsrahmens die tatsächlich verwendeten technischen Zinssätze zu berücksichtigen sind. Der Zinsrahmen für den technischen Zinssatz wurde in Art. 8 FZV festgelegt und beträgt 3,5–4,5 Prozent. Unter dem technischen Zinssatz versteht man den für die Diskontierung der zukünftigen Leistungen und Beiträge angewendeten Zinssatz. Es handelt sich dabei um eine rechnerische Grösse, mit der sich die künftigen Verpflichtungen bestimmen lassen.³¹ Der technische Zinssatz bildet ein wichtiges Element bei der Berechnung der Aus- und der Eintrittsleistungen.³² Die Vorgabe eines Zinsrahmens von mindestens einem Prozent für den technischen Zinssatz stellte eine Kompromisslösung dar. Einerseits wollte man den Anliegen der Vorsorgeeinrichtungen gerecht werden, die sich gegen eine einheitliche Festsetzung des technischen Zinssatzes gewehrt hatten. Andererseits sollte eine gewisse Harmonisierung bei der Höhe des technischen Zinssatzes erreicht werden, um Schwierigkeiten bei der Freizügigkeit aufgrund unterschiedlicher Zinssätze zu minimieren.³³ Der Zinsrahmen von 3,5–4,5 Prozent entsprach bei Erlass der FZV dem Segment der damals von den meisten Leistungsprimatseinrichtungen angewandten Zinssätze.³⁴ Die Höhe dieses Zinsrahmens wurde seither nicht verändert.

²⁹ BGE vom 29. Mai 2007, E. 5.1 (B 108/06); BGE vom 28. Dezember 2005, E. 8.2.2 (B 41/04, 42/04, 44/04) = BGE 132 V 127, 148 E. 8.2.2.

³⁰ BGE vom 28. Dezember 2005, E. 8.2.2 (B 41/04, 42/04, 44/04) = BGE 132 V 127, 148 E. 8.2.2; siehe dazu auch BRUNNER, Vorsorgeausgleich, 141.

³¹ WALTER/KOCH, Technischer Zinssatz, 1017.

³² BBl 1992 III 602.

³³ Amtl. Bull. NR 1992, 2459 f. Voten Deiss und Brunner.

³⁴ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 30/1994, Erläuterungen zur Freizügigkeitsverordnung, Art. 8, 12.

V. Zinssatz für die zu teilende Austrittsleistung bei Scheidung (Abs. 3)

16

Art. 26 Abs. 3 FZG ist im Zusammenhang mit der Revision des Scheidungsrechts in das Gesetz aufgenommen worden.³⁵ Art. 122 ZGB gibt jedem Ehegatten grundsätzlich einen Anspruch an der Hälfte der vom anderen während der Ehe erworbenen Austrittsleistung. Nach Art. 22 Abs. 2 Satz 2 FZG sind für die Berechnung der zu teilenden Austrittsleistung eines Ehegatten die Austrittsleistung zuzüglich allfällige Freizügigkeitsguthaben im Zeitpunkt der Eheschliessung auf den Zeitpunkt der Ehescheidung aufzuzinsen. Nach Art. 22 Abs. 3 FZG sind Einmaleinlagen, die ein Ehegatte während der Ehe aus Mitteln finanziert hat, die unter dem Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung von Gesetzes wegen sein Eigengut wären, zu verzinsen und von der zu teilenden Austrittsleistung abzuziehen. Der Bundesrat hat aufgrund der ihm in Art. 26 Abs. 3 FZG eingeräumten Kompetenz den für diese Verzinsung anzuwendenden Zinssatz in Art. 8a FZV festgelegt. Danach richtet sich der Zinssatz nach dem im entsprechenden Zeitraum gültigen Mindestzinssatz gemäss Art. 12 BVV 2. Art. 65d Abs. 4 BVG ist nicht anwendbar.³⁶ Erfolgt reglementarisch eine andere, höhere Verzinsung des Altersguthabens, findet nicht diese, sondern die gesetzliche Verzinsung Anwendung.³⁷ Für die Zeit vor dem 1. Januar 1985 gilt ein fixer Zinssatz von 4 Prozent.³⁸

³⁵ BBl 1996 I 1 ff., insbes. 107, 227.

³⁶ Art. 8a Abs. 1 FZV.

³⁷ BRUNNER, Vorsorgeausgleich, 137 f. mit weiteren Hinweisen.

³⁸ Art. 8a Abs. 3 FZV. Vgl. zum Ganzen BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 47/1999, Nr. 270; THOMAS GEISER, Neue Rechtsprechung zum Eherecht, AJP 2009, 57 ff.

Art. 27

Übergangsbestimmungen

¹ Die Eintritts- und die Austrittsleistung berechnen sich nach dem Recht, das zum Zeitpunkt des Eintritts in eine Vorsorgeeinrichtung beziehungsweise des Austritts aus einer solchen gilt.

² Aufgehoben.

³ Aufgehoben.

Dispositions transitoires

¹ Les prestations d'entrée et de sortie sont déterminées selon le droit en vigueur au moment de l'entrée dans une institution de prévoyance ou de la sortie d'une institution.

² Abrogé.

³ Abrogé.

Disposizioni transitorie

¹ Le prestazioni d'entrata e d'uscita sono fissate in base al diritto vigente al momento dell'affiliazione ad un istituto di previdenza o dell'uscita da un istituto.

² Abrogato.

³ Abrogato.

Inhaltsverzeichnis

	Note	Seite
I. Entstehung.....	1	1711
II. Einführung der materiellen Freizügigkeit: massgebender Zeitpunkt (Abs. 1).....	3	1712
III. Formelle Anpassung (Abs. 2, aufgehoben).....	9	1713
IV. Frist für die Bereinigung versicherungstechnischer Fehlbeträge (Abs. 3, aufgehoben).....	10	1714

I. Entstehung

Art. 27 FZG ist auf den 1. Januar 1995 in Kraft getreten.¹ Die Bestimmung war im Gesetzesentwurf der bundesrätlichen Botschaft noch nicht vorgesehen,² sondern wurde auf Antrag der nationalrätlichen Kommission in das Gesetz aufgenommen.³ Durch die Einführung des FZG entstanden für die Vorsorgeeinrichtungen teilweise zusätzliche Finanzierungsbedürfnisse. Eine Kommissions-

¹ BRB vom 3. Oktober 1994 (AS 1994 2394).

² Der in der Botschaft enthaltene Art. 27 enthält die im geltenden Gesetz im Anhang enthaltene Änderung des bisherigen Rechts (BBl 1992 III 603, 644 ff.).

³ Amtl.Bull. NR 1992, 2460 ff.; Amtl.Bull. SR 1993, 572; Amtl.Bull. NR 1993, 1708; Amtl.Bull. SR 1993, 879 (alle zu Art. 27^{bis}).

minderheit im Nationalrat verlangte deshalb, im Gesetz die Möglichkeit vorzusehen, für einzelne Kassen Übergangszeiten einzuräumen, d.h. das materielle Inkrafttreten des FZG für maximal fünf Jahre aufzuschieben. Die Kommissionsmehrheit, welche eine Verzögerung der Einführung der materiellen Freizügigkeit durch lange Übergangsfristen vermeiden wollte, konnte sich gegen dieses Ansinnen durchsetzen, und das Gesetz konnte sofort, d.h. ohne Übergangsfrist, materiell in Kraft gesetzt werden.⁴

- 2 Durch Ziff. II 42 des Bundesgesetzes vom 20. März 2008 zur formellen Bereinigung des Bundesrechts wurden die Abs. 2 und 3 mit Wirkung ab 1. August 2008 aufgehoben, da die in diesen Absätzen enthaltenen Übergangsbestimmungen ihre Relevanz verloren hatten.⁵

II. Einführung der materiellen Freizügigkeit: massgebender Zeitpunkt (Abs. 1)

- 3 Aus Art. 27 Abs. 1 FZG geht hervor, dass das Freizügigkeitsgesetz materiell seine Wirkung vom Zeitpunkt seines Inkrafttretens am 1. Januar 1995 an entfaltet. Erfolgt ein Austritt nach dem Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Januar 1995, berechnet sich die gesamte Austrittsleistung ausschliesslich nach Massgabe des FZG. Es findet kein Splitting statt, wonach die bis zum Inkrafttreten des FZG erworbene Leistung nach altem Recht und damit abweichend vom FZG zu beurteilen wäre.⁶ Das FZG entfaltet somit unechte Rückwirkung.⁷ Andererseits gelangt das FZG nicht zur Anwendung, wenn der Austritt aus einer Vorsorgeeinrichtung vor dem 1. Januar 1995 erfolgt ist.⁸
- 4 Ab dem 1. Januar 1995 sind bezüglich der Eintritts- und Austrittsleistungen auch die weiteren Modalitäten des FZG zu beachten. So musste beispielsweise im Fall eines Barauszahlungsbegehrens vom 1. Januar 1995 an in jedem Fall die schriftliche Zustimmung des Ehegatten vorliegen. Ebenso durfte von diesem Zeitpunkt an

⁴ Amtl.Bull. NR 1992, 2461 Votum Deiss; AMT FÜR BERUFLICHE VORSORGE DES KANTONS ZÜRICH, Handbuch, 10.

⁵ AS 2008 3448, 3452; BBl 2007 6161.

⁶ STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1191; VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Art. 27 FZG N 2; vgl. dazu das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 26. Juli 1999, E. 2a, SZS 2002, 251.

⁷ AMT FÜR BERUFLICHE VORSORGE DES KANTONS ZÜRICH, Handbuch, 10; SCHÖBI, Bundesgesetz, 1507.

⁸ Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 31. Juli 1998, SVR 1999 BVG 11, 33 ff.; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 25. Februar 1998, E. 2, SZS 1998, 460; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 15. Dezember 1997, E. 1 b, SZS 2002, 264; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 20. Februar 1995, E. 2, SZS 1995, 370 f.; MEYER, Rechtsprechung zum BVG 1995–1999, 305; STAUFFER, Rechtsprechung, 291; VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Art. 27 FZG N 1.

keine Barauszahlung mehr an eine verheiratete oder vor der Heirat stehende Frau erfolgen.⁹

Keinen Austrittsbestand im Sinne von Art. 27 Abs. 1 FZG stellt ein Wechsel vom System des Leistungsprimats auf das System des Beitragsprimats während der Anstellungsdauer dar. Eine Austrittsleistung muss deshalb auf der Grundlage der gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen festgesetzt werden, die im Zeitpunkt des Austritts aus der Vorsorgeeinrichtung gelten.¹⁰

Hat sich ein Versicherter beim Eintritt in die Vorsorgeeinrichtung zur ratenweisen Erbringung der Eintrittsleistung verpflichtet, und standen am 1. Januar 1995 noch Raten aus, so schuldete der Versicherte gemäss Art. 1 Abs. 1 und 2 SchlT ZGB nur, wozu er sich unter altem Recht vertraglich verpflichtet hatte.¹¹

Ein gemäss dem Freizügigkeitsabkommen 1990¹² überwiesener Zuschlag ist nicht Bestandteil der Austrittsleistung, weil er der Abkommenskasse und nicht dem einzelnen Versicherten individuell zusteht.¹³

Wird die versicherte Lohnsumme infolge Arbeitszeitreduktion vor Inkrafttreten des FZG herabgesetzt, richtet sich der Freizügigkeitsanspruch nach den im jeweiligen Zeitpunkt gültig gewesenen statutarischen Bestimmungen.¹⁴

III. Formelle Anpassung (Abs. 2; aufgehoben)

Laut der früher in diesem Absatz enthaltenen Bestimmung musste die formelle Anpassung der Verträge und Reglemente spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossen sein. Diese Übergangsfrist war formeller Natur, die Eintritts- und Austrittsleistungen mussten nach Inkrafttreten des FZG sofort materiell den Anforderungen des FZG genügen.¹⁵ Der praktische Nutzen dieser Übergangsfrist war somit sehr beschränkt, da die Vorsorgeeinrichtungen ihre Freizügigkeits- und Eintrittsregelungen auf den 1. Januar 1995 min-

⁹ AMT FÜR BERUFLICHE VORSORGE DES KANTONS ZÜRICH, Handbuch, 39.

¹⁰ Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 17. April 2000, E. 2b (B 29/99), SZS 2001, 492; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 53/2000, Rz. 320 mit Hinweis auf das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 17. April 2000 (B 29/99); MEYER, Rechtsprechung zum BVG 2000–2004, 248; VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Art. 27 FZG N. 2.

¹¹ SCHÖBI, Bundesgesetz, 1507.

¹² Siehe dazu STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 1008, mit Hinweisen.

¹³ Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 8. April 2002 (B 40/02), SZS 2004, 460 f.; MEYER, Rechtsprechung zum BVG 2000–2004, 249.

¹⁴ BGE vom 20. Januar 2004, E. 7.5.2 (B 80/02); MEYER, Rechtsprechung zum BVG 2000–2004, 249; VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Art. 27 FZG N. 1.

¹⁵ AMT FÜR BERUFLICHE VORSORGE DES KANTONS ZÜRICH, Handbuch, 39 f.; GEISER, Freizügigkeitsgesetz, 185.

destens im Sinne eines provisorischen Reglements nachtrags anpassen und diese Regelung den Versicherten mitteilen mussten.¹⁶

IV. Frist für die Bereinigung versicherungstechnischer Fehlbeträge (Abs. 3; aufgehoben)

¹⁰ Aufgrund der durch das FZG verbesserten Freizügigkeitsleistungen war es denkbar, dass sich in den Vorsorgeeinrichtungen durch den erhöhten Abfluss von Vorsorgegeldern versicherungstechnische Fehlbeträge ergaben. Mit der Aufnahme von Abs. 3 in Art. 27 FZG sollte sichergestellt werden, dass für die Bereinigung dieser Fehlbeträge nicht die fünfjährige Frist aus Abs. 2 abgeleitet werden konnte, da diese zu kurz gewesen wäre.¹⁷ Vielmehr wurde ausdrücklich eine zehnjährige Frist statuiert, die am 31. Dezember 2004 abgelaufen ist.

¹⁶ AMT FÜR BERUFLICHE VORSORGE DES KANTONS ZÜRICH, Handbuch, 39 f.

¹⁷ Amtl.Bull. SR 1993, 879 Votum Schoch; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1191.

Art. 28

Referendum und Inkrafttreten

Référendum et entrée en vigueur

Referendum ed entrata in vigore

¹ Dieses Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum.

² Der Bundesrat bestimmt das Inkrafttreten.

¹ La présente loi est sujette au référendum facultatif.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

¹ La presente legge sottostà al referendum facoltativo.

² Il Consiglio federale ne determina l'entrata in vigore.

I. Entstehung

Art. 28 FZG war bereits im Gesetzesentwurf der bundesrätlichen Botschaft vorgesehen und wurde in den parlamentarischen Beratungen von den Räten unverändert übernommen.¹ Die Norm blieb seither unverändert.

II. Referendum (Abs. 1)

Die Referendumsfrist ist am 28. März 1994 abgelaufen.² Es wurde kein Referendum ergriffen.

III. Inkrafttreten (Abs. 2)

Das FZG ist auf den 1. Januar 1995 in Kraft getreten.³

¹ BBl 1992 III 604 f., 646; Amtl.Bull. NR 1992, 2465; Amtl.Bull. SR 1993, 572; BBl 1993 IV 574.

² BBl 1993 IV 574.

³ BRB vom 3. Oktober 1994 (AS 1994 2394).

Schlussbestimmung der Änderung vom 18. Dezember 1998

Schlussbestimmung der Änderung vom 18. Dezember 1998

Die Artikel 24a und 24b des Freizügigkeitsgesetzes vom 17. Dezember 1993 gelten sinngemäss für Vorsorgeeinrichtungen, die Vorsorge- oder Freizügigkeitsguthaben führen, welche aus der Zeit vor dem Inkrafttreten dieser Änderung des Freizügigkeitsgesetzes stammen.

Dispositions finales de la modification du 18 décembre 1998

Les art. 24a et 24b s'appliquent également aux institutions qui gèrent des avoirs de prévoyance ou de libre passage générés avant l'entrée en vigueur de la présente modification de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage.

Disposizione finale della modifica del 18 dicembre 1998

Gli articoli 24a e 24b della legge del 17 dicembre 1993 sul libero passaggio si applicano per analogia agli istituti di previdenza che gestiscono averi di previdenza o di libero passaggio costituiti prima dell'entrata in vigore della presente modifica.

Inhaltsverzeichnis

Note Seite

I.	Entstehung	1	1716
II.	Rückwirkung	2	1716

I. Entstehung

- ¹ Die Schlussbestimmung ist mit der Änderung des Freizügigkeitsgesetzes vom 18. Dezember 1998 im Zusammenhang mit den Regelungen der vergessenen Pensionskassenguthaben in das Gesetz aufgenommen worden und seit 1. Mai 1999 in Kraft.¹ Die Bestimmung war bereits im Gesetzesentwurf der bundesrätlichen Botschaft vorgesehen.² Seither wurde die Norm nicht geändert.

II. Rückwirkung

- ² Nach den im Abschnitt 6a. enthaltenen Bestimmungen (Meldepflichten, Zentralstelle 2. Säule) wird den Vorsorgeeinrichtungen und den Einrichtungen, die Freizügigkeitskonten oder -policen führen, die Pflicht auferlegt, Ansprüche von Personen, die das Rentenalter erreicht haben und von denen der Auszahlungs- oder Rentenanspruch nicht geltend gemacht worden ist, der neu geschaffenen Zentralstelle 2. Säule zu melden.³ Zudem müssen diese Einrichtungen perio-

¹ AS 1999 1384 ff.

² BBl 1998 5569, 5595.

³ Art. 24a FZG.

disch mit ihren Versicherten in Kontakt treten.⁴ Können sie diese Kontakte nicht herstellen, müssen sie der Zentralstelle 2. Säule Meldung erstatten.⁵ Diese Bestimmungen sind seit 1. Mai 1999 in Kraft.⁶ Die Vorsorgeeinrichtungen und Einrichtungen, die Freizügigkeitskonten oder -policen führen, mussten diese Meldepflicht erstmals bis am 31. Dezember 1999 erfüllt haben.^{7,8}

Die Schlussbestimmung der Änderung vom 18. Dezember 1998 stipuliert jedoch für Art. 24a und 24b FZG eine sinngemässe Anwendbarkeit (d.h. eine unechte Rückwirkung) auf Vorsorgeeinrichtungen, die Vorsorge- oder Freizügigkeitsguthaben führen, welche aus der Zeit vor dem Inkrafttreten dieser Änderung des Freizügigkeitsgesetzes stammen.⁹ Sie erlaubte damit nicht nur die Regelung bestimmter hängiger Fälle, sondern sollte auch die Suche der Zentralstelle erleichtern, indem sie ihr die Möglichkeit gab, über diejenigen Daten zu verfügen, die Konten betrafen, welche zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung zwar noch nicht, aber vielleicht in naher Zukunft beansprucht werden würden.¹⁰

⁴ Art. 24b Abs. 1 FZG.

⁵ Art. 24b Abs. 2 FZG i.V.m. Art. 19c Abs. 1 FZV.

⁶ AS 1999 1387.

⁷ AArt. 23a Abs. 1 FZV.

⁸ Siehe zum Ganzen z.B. SCHNYDER, Vergessene Guthaben, 200 f.

⁹ Vgl. STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 1184.

¹⁰ BBl 1998 5589.

Schlussbestimmungen der Änderung vom 14. Dezember 2001

Schlussbestimmungen
der Änderung
vom 14. Dezember
2001

Dispositions finales
de la modification du
14 décembre 2001

Disposizioni finali
della modifica del
14 dicembre 2001

¹ Artikel 5a Buchstaben a und b Ziffer 1 tritt fünf Jahre nach Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens in Kraft.

² Artikel 5a Buchstaben a und b Ziffer 2 tritt fünf Jahre nach Inkrafttreten des revidierten EFTA-Abkommens in Kraft.

¹ L'art. 5a, let. a et b, ch. 1, entre en vigueur cinq ans après l'entrée en vigueur de l'Accord du 21 juin 1999 entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, la Communauté européenne et ses Etats membres sur la libre circulation des personnes.

² L'art. 5a, let. a et b, ch. 2, entre en vigueur cinq ans après l'entrée en vigueur de l'Accord du 21 juin 2001 amendant la Convention instituant l'Association européenne de libre-échange.

¹ L'articolo 5a lettere a e b numero 1 entra in vigore 5 anni dopo l'entrata in vigore dell'Accordo del 21 giugno 1999 tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Confederazione Svizzera, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone.

² L'articolo 5a lettere a e b numero 2 entra in vigore 5 anni dopo l'entrata in vigore dell'Accordo del 21 giugno 2001 di emendamento della Convenzione istitutiva dell'Associazione europea di libero scambio.

Inhaltsverzeichnis

	Note	Seite
I. Entstehung.....	1	1718
II. Einschränkung der Barauszahlung in Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (Abs. 1).....	5	1719
III. Einschränkung der Barauszahlung in Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Abs. 2).....	7	1721

I. Entstehung

¹ Die Schlussbestimmungen der Änderung vom 14. Dezember 2001 sind im Rahmen der Genehmigung des Abkommens vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) und dem in diesem Zusammenhang erlassenen Bundesgesetz bezüglich der Bestimmungen über die Personenfreizügigkeit im Abkommen vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Gründung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) in das Gesetz aufgenommen worden und seit 1. Juni 2002 in Kraft.¹

¹ BBl 2001 4963 ff., 5018; AS 2002 693, 700.

Der Wortlaut von Abs. 1 der Schlussbestimmungen wurde bereits früher – im Rahmen der parlamentarischen Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG und dem in diesem Zusammenhang erlassenen Bundesgesetz über die Freizügigkeit mit der EG² – in aArt. 5a Abs. 2 FZG aufgenommen.³ AArt. 5a FZG, welcher eine ausformulierte Regelung der Bedingungen für die Barauszahlung in Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft enthielt, wurde auf Antrag der nationalrätlichen Kommissionsmehrheit in das Gesetz aufgenommen.⁴

Im Zusammenhang mit dem Abkommen vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) wurde Abs. 2 von aArt. 5a FZG in Abs. 1 der Schlussbestimmungen transformiert und Abs. 2 der Schlussbestimmung neu in das Gesetz aufgenommen.⁵

Durch die 1. BVG-Revision ist Art. 5a FZG, mit Wirkung ab 1. Januar 2005, aufgehoben bzw. durch den neuen Art. 25f FZG ersetzt und redaktionell angepasst worden.⁶

II. Einschränkung der Barauszahlung in Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft (Abs. 1)

Beim endgültigen Verlassen der Schweiz erfolgt aufgrund der Bilateralen Abkommen mit der EU eine Einschränkung der Barauszahlung der Freizügigkeitsleistung. Entsprechend dem Abkommen über den freien Personenverkehr⁷ gelten für die berufliche Vorsorge wie für alle anderen Sozialversicherungen hauptsächlich die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71⁸ und 574/72⁹. Da die EU-Kommission denjenigen Teil der Austrittsleistung, der dem BVG-Obligatorium entspricht, als Beitragsrückvergütung im Sinne von Art. 10 Abs. 2 der Verordnung 1408/71 betrachtet, ist die Barauszahlung dieses Teils der Austrittsleistung nicht möglich, solange die versicherte Person nach den Rechtsvorschriften eines

² Bundesgesetz zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 8. Oktober 1999.

³ BBl 1999 6128 ff., 8657; AS 2002 715.

⁴ BBl 1999 6128 ff., 6468 ff.; Amtl.Bull. NR 1999 1753 ff.; Amtl. Bull. SR 1999 837; Amtl.Bull. NR 1999 1912.

⁵ AS 2002 693.

⁶ BBl 2000 2637 ff., 4854 ff.; AS 2004 1700, 1703 ff.

⁷ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681).

⁸ SR 0.831.109.268.1.

⁹ SR 0.831.109.268.11.

EU-Mitgliedstaates obligatorisch versichert ist.¹⁰ AArt. 5a Abs. 1 FZG sah deshalb vor, dass Versicherte eine Barauszahlung nur verlangen konnten, wenn sie die Schweiz endgültig verliessen und nicht in einem Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaft in dessen Rentenversicherung für die Risiken Alter, Tod und Invalidität weiterhin obligatorisch versichert sind.¹¹ Kann die Vorsorgeeinrichtung keine Barauszahlung der Austrittsleistung vornehmen, so muss der obligatorische Teil der Austrittsleistung auf ein Freizügigkeitskonto oder eine Freizügigkeitspolice überwiesen werden.¹²

- 6 Im Abkommen über den freien Personenverkehr konnte für diese Einschränkung der Barauszahlung eine fünfjährige Übergangsfrist ab Inkrafttreten des Abkommens ausgehandelt werden,¹³ welche in Abs. 1 der Schlussbestimmungen festgehalten wird. Das Abkommen über den freien Personenverkehr ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten.¹⁴ Das Barauszahlungsverbot gilt somit seit Ablauf dieser Übergangsfrist.¹⁵ Massgebend für die auf die Barauszahlung anwendbare Regelung ist der effektive Zeitpunkt (Datum) der endgültigen Ausreise aus der Schweiz.¹⁶ Zweck der Übergangsbestimmung war es, den ausländischen Versicherten genügend Zeit zu lassen, sich auf die neue Rechtslage einzustellen, nachdem eine praktisch gleichlautende Regelung, welche mit dem Beitritt zum EWR hätte eingeführt werden sollen, zu einiger Kritik geführt hatte.¹⁷

¹⁰ BBl 1999 6343; MÜLLER, Verhältnis, 16; SCHNYDER, Freizügigkeitsabkommen, 83.
¹¹ AS 2002 715.

¹² BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 52/2000 Nr. 309; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 61/2002 Nr. 373; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 96/2006 Nr. 567; MÜLLER, Verhältnis, 16; OBERHÄNSLI, Die bilateralen Abkommen, 209; SCHNYDER, Freizügigkeitsabkommen, 84; *dies.*, Prévoyance professionnelle, 155; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Rz. 262.

¹³ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, Protokoll zu Anhang II des Abkommens über die Freizügigkeit, Berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge.
¹⁴ AS 2002 1529.

¹⁵ Siehe zum Ganzen auch den Kommentar zu Art. 25/FZG sowie BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 52/2000 Nr. 309; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 61/2002 Nr. 373; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 78/2004 Nr. 463; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 85/2005 Nr. 490; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 91/2006 Nr. 525; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 96/2006 Nr. 567.

¹⁶ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 96/2006 Nr. 567 mit Verweis auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, Protokoll zu Anhang II des Abkommens über die Freizügigkeit, Berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge.

¹⁷ BRECHBÜHL, Auswirkungen, 116 ff.; MÜLLER, Verhältnis, 18 Fn. 56.

III. Einschränkung der Barauszahlung in Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Abs. 2)

Im Zusammenhang mit dem Abkommen vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) wurde aArt. 5a Bst. b FZG durch Ziff. 2 ergänzt, nach welcher die Barauszahlung der Austrittsleistung bei Verlassen der Schweiz nicht mehr möglich ist, wenn der Versicherte in der isländischen oder in der norwegischen Rentenversicherung obligatorisch versichert ist. Ebenfalls neu in aArt. 5a FZG aufgenommen wurde Bst. c, welcher die Barauszahlung bei Wohnsitz in Liechtenstein verbietet.¹⁸ Aufgrund eines bilateralen Abkommens zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein besteht zwischen diesen beiden Staaten eine Sonderregelung, nach welcher – im Gegensatz zu den EU- bzw. übrigen EFTA-Staaten, bei welchen der obligatorische Teil der Austrittsleistung einem Freizügigkeitskonto oder einer Freizügigkeitspolice gutgeschrieben werden muss – die Austrittsleistung direkt auf den neuen Vorsorgeträger übertragen werden kann.¹⁹

Im revidierten EFTA-Abkommen wurde ebenfalls eine Übergangsfrist von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Anhangs vereinbart.²⁰ In Abs. 2 der Schlussbestimmungen der Änderung vom 14. Dezember 2001 wird diese fünfjährige Übergangsfrist festgehalten. Das Abkommen ist am 1. Juni 2002 in Kraft getreten. Das Barauszahlungsverbot gilt somit seit Ablauf der Übergangsfrist, d.h. seit 1. Juni 2007.²¹ Massgebend für die auf die Barauszahlung anwendbare Regelung ist der effektive Zeitpunkt (Datum) der endgültigen Ausreise aus der Schweiz.²²

¹⁸ BBl 2001 4988, 4991, 5018; AS 2002 692.

¹⁹ Zweites Zusatzabkommen zum Abkommen vom 8. März 1989 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über Soziale Sicherheit vom 29. November 2000 (SR 0.831.109.514.13); siehe dazu auch BBl 2001 4988; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 56/2000 Nr. 333; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 58/2001 Nr. 359; STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 262, 1067.

²⁰ Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) (SR 0.632.31), Protokoll 1 zu Anhang 2, Berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge.

²¹ Siehe zum Ganzen auch BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 78/2004 Nr. 463; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 85/2005 Nr. 490; BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 96/2006 Nr. 567.

²² BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge, 96/2006 Nr. 567 mit Verweis auf das Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), Anhang K, Anlage 2, Protokoll 1 zu Anlage 2, Berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (für Island und Norwegen) und das zweite Zusatzabkommen vom 29. November 2000 zum Abkommen vom 8. März 1989 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über Soziale Sicherheit für Liechtenstein.